Über die Ausfüllung von Lücken auf dem familien- und erbrechtlichen Gebiete des internationalen Privatrechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

ACAD. LUG. BAT. BIBL

Oskar Wasner

Referendar.

Namslau

Druck der Opitz'schen Buchdruckerei

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0029

Benutzte Schriften.

1. Affolter, Das intertemporale und internationale Recht der zeitlichen und örtlichen Kollisionsnormen des Bürgerlichen Rechts in Grünhuts Zeitschrift, Bd. XXX, S. 125.
2. Affolter, System des Deutschen Bürgerlichen Übergangsrechts. 1903.
3. Affolter, Geschichte des intertemporalen Privatrechts. Leipzig 1902.
4. von Bar, Internationales Privatrecht, in Holtzendorff-Kohler's Encyklopädie der Rechtswissenschaft der Neubearbeitung; Bd. II S. 1 ff. 1904.
5. von Bar. Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts; 2 Bände 1889.
6. von Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, 1892.
7. von Bar, Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts, im Archiv für öffentliches Recht, Bd. XV, S. 1 ff.
8. von Bar, Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht — in Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht; Bd. VIII, S. 177 ff.
9. von Bar, In welchen Kollisionsfällen des internationalen Privatrechts ist das Recht des Wohnortes durch das vermöge der Staatsbürgerschaft eintretende Recht zu ersetzen? — Gutachten in den Verhandlungen des 18. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 95.
10. Barazetti, Das internationale Privatrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897.
11. Barazetti, Zur Lehre von der Auslegung im Gebiete des internationalen Privatrechts — in Böhm's Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, Bd. VIII, S. 32 ff.

12. Barazetti, Die technischen Ausdrücke für die verschiedenen Kollisionsarten räumlicher Gesetzesnormen und für die damit verwandten Begriffe, wie sie in der Theorie des internationalen Privatrechts vorkommen — in derselben Zeitschrift Bd. VIII, S. 273 ff.
13. Barazetti, Erörterungen aus dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich; — in derselben Zeitschrift, Bd. VIII, S. 118.
14. Barazetti, Zur Lehre vom internationalen Zivilprozeßrecht; — in derselben Zeitschrift, Bd. VII, S. 481.
15. Böhm, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen 1890.
16. Böhm, Handbuch der internationalen Nachlaßbehandlung, 1895, 2. Auflage.
17. Brinz, Lehrbuch des Pandektenrechtes 1882.
18. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1. 1906.
19. Buzzatti, Nochmals die Rückverweisung im internationalen Privatrecht; — in Böhm's Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, Bd. VIII, S. 449.
20. Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Teil I, 1904.
21. Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1900.
22. Dernburg, Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts. 1906.
23. Edelmann, Der grundsätzliche Standpunkt des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs im internationalen Privatrecht; — in Böhm's Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, Bd. VIII, S. 295.
24. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.
25. Eichborn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehnrechts; 1856.
26. Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 1909.
27. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1908.
28. Enneccerus, Referat in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. IV, S. 77—91.
29. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.
30. Entwürfe eines internationalen Privatrechts für die erste Kommission (Gebhard'scher Entwurf).
31. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 209 ff.
32. Habicht, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1907.

33. Hartmann, Die internationale Geldschuld. 1882.
34. Jitta, Alte und neue Methoden des internationalen Privatrechts; — im Archiv für öffentliches Recht, Bd. XV, S. 564.
35. Jitta, Das Wesen des internationalen Privatrechts; — im Archiv für öffentliches Recht, Bd. XIV.
36. Kahn, Gesetzeskollision, ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts; — in Ihering's Jahrbuch, Bd. XXX.
37. Kahn, Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und auf dem Haager Kongreß für internationales Privatrecht — ebenda Bd. XXXVI, S. 366.
38. Kahn, Die Lehre vom ordre publique, — ebenda Bd. XXXIX.
39. Kahn, Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts — ebenda Bd. XL, S. 1 ff.
40. Kahn, Kollision und Kompetenz-Überschreitung des deutschen Ausführungsgesetzes zum ehelichen Güterrecht — ebenda, Bd. XLII.
41. Kahn, Das zeitliche Anwendungsgebiet der örtlichen Kollisionsnormen, — ebenda, Bd. XLIII.
42. Kahn, Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge. 1903.
43. Kahn, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht — in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, Bd. X, S. 97.
44. Keidel, Das internationale Eherecht; -- in derselben Zeitschrift, Bd. VII, S. 243 ff.
45. Keller, Pandekten, Bd. I. 1866.
46. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1906.
47. Leske und Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. 1902.
48. Markusen, Innerstaatliches und überstaatliches internationales Privatrecht zur Orientierung über die neuesten Theorien; — in Böhm's Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, Bd. VIII, S. 257.
49. Meili, Geschichte und System des internationalen Privatrechts. 1892.
50. Meili, Das internationale Privatrecht und die Staatenkonferenzen im Haag. 1900.
51. Meili, Die Kodifikation des internationalen Civil- und Handelsrechts. 1891.

52. Meili, Die Doktrin des internationalen Privatrechts — in der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Bd. I, S. 7. 1890.
53. Mitteis, Referat in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. IV, S. 91 und 95 ff.
54. Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1888.
55. Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III, Berlin 1905.
56. Neumann, Internationales Privatrecht, 1896.
57. Neumann, Prinzipielle Gesichtspunkte für das Verständnis der privatinternationalen Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch — in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XLVI, S. 67.
58. Neumann, Nach welchem örtlichen Recht sind auf Grund des internationalen Privatrechts die Vertragsobligationen zu beurteilen — Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. I.
59. Niedner, Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896, Berlin 1907.
60. Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts, 1895.
61. Niemeyer, Das internationale Privatrecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1901.
62. Niemeyer, Positives internationales Privatrecht, 1896.
63. Niemeyer, Zur Methodik des internationalen Privatrechts, 1894.
64. Niemeyer, Vorträge zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1896.
65. Niemeyer, Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs; 1901.
66. Niemeyer, Nach welchem örtlichen Recht sind auf Grund des internationalen Privatrechts die Vertragsobligationen zu beurteilen? — Deutsche Juristenzeitung 1897, S. 372.
67. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. VI, 1905.
68. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897—99, 7 Bände.
69. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, 1849.
70. Schnell, Über die Zuständigkeit zum Erlaß gesetzlicher Vorschriften — in Böhm's Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, Bd. V, S. 337.

71. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, 1863.
72. Seeler, Referat in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. II, S. 33 ff.
73. Silberschmidt, Die Kollision zwischen ehelichem Güterrecht und Erbrecht nach dem deutschen bürgerlichen Recht — in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, Bd. VIII, S. 101.
74. Staudinger, Sammlung von Staatsverträgen. 1904.
75. Wächter, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. XXIV und XXV.
76. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906.
77. Zitelmann, Internationales Privatrecht in 2 Bänden, 1898.
78. Zitelmann, Verhältnis der örtlichen und zeitlichen Anwendungsnormen zu einander — in Ihering's Jahrbuch Bd. XLII.
79. Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht, 1902.
80. Lesser, Über Kollisionsnormen für die durch Reichsgesetze oder Staatsverträge nicht geregelten Fälle. Diss. Breslau 1909.

Gedankengang.

Seite

§ 1. Einleitung: Nachweis, daß die Kollisionsnormen eine sehr lückenhafte Regelung gefunden haben 1

§ 2-11. Ausführung: In Ermangelung einer besonderen familienrechtlichen und erbrechtlichen Bestimmung im E. G. zum B. G. B., in anderen Reichsgesetzen sowie in Staatsverträgen ergibt sich das anzuwendende materielle Recht:

I. im allgemeinen:

§ 2. a. **aus früheren Lehren kaum:**

α) die Regeln des Altertums sehr unbestimmt, ... 4

β) die Statutenlehre des Mittelalters unzureichend,... 5

γ) Wächters Prinzip wenig zutreffend, ... 6

δ) Savigny's Lehre grundlegend für die neue Wissenschaft des J. P. R. C. 7

§ 3. b. **aus freiem Ermessen des Richters nicht;**..... 8

§ 4. c. **aus weiter Auslegung**..... 9

II. im besonderen:

a. **bei teilweisen Lücken:**

§ 5. 1. bei der einen Art der Kollisionsnormen, d. h. „den Abgrenzungen heimischen Rechts"

α) aus analoger Ausdehnung des Staatsangehörigkeitsprinzipes nicht, da 10

αα) die Entstehungsgeschichte der Normen dem widerspricht 12

ββ) ein falscher Analogieschluß damit gemacht wird, ... 13

γγ) völkerrechtliche Grundsätze verletzt, ... 14

δδ) unbillige Resultate herbeigeführt werde,n .. 15

Seite

§ 6. β) aus dem Prinzip der Kompetenzerwägung, ... 16
dafür spricht:
αα) die Entstehungsgeschichte der Normen, ... 19
ββ) die Grundsätze der auswärtigen Politik, ... 20
γγ) die Fassung der Art. 27 und 28 22

§ 7. 2. bei der andern Art der Kollisionsnormen, d. h. den „Verweisungen auf fremdes Recht“:
α) bei der Rückverweisung auf deutsches Recht aus der fremden Kollisionsnorm, ... 23
und zwar auch in anderen Fällen, als denen, die in Art. 27 besonders genannt sind, da das Verweisungsprinzip entgegen den Anführungen
1. insbesondere von Kahn, ... 25
2. von Zitelmann 26
begründet ist:

§ 8. αα) durch den Wortlaut „Gesetz“ in Art. 2 E. G., ... 31
ββ) durch den engen Zusammenhang der Norm und des materiellen Rechts, ... 32
γγ) durch die besseren Resultate 35
β) bei der Weiterverweisung aus der fremden Kollisionsnorm, ... 36
da das Weiterverweisungsprinzip das Schicksal der Rückverweisung teilt.

§ 9. b. **beim Vorliegen vollständiger Lücken:**
α) aus landesrechtlichen Normen? hängt ab vom Wesen des J. P. R.s
1. in seiner Stellung zum heimischen Recht, ... 38
— grundsätzlich einheimisches Recht, ausnahmsweise einige Völkerrechtssätze — 44
2. in seiner Stellung im heimischen Recht, ... 46
— nicht schlechthin öffentliches Recht, sondern nur soweit sie öffentliches Recht abgrenzen, im übrigen Privatrecht — nachgewiesen
αα) am engen Zusammenhange mit dem materiellen Recht, ... 49
ββ) durch die Stellung in anderen Rechtsordnungen, ... 49
γγ) an der Entstehungsgeschichte des Gebhardschen Entwurfs der Art. 7—31, ... 49
δδ) aus praktischen Gründen 50
Ergebnis: Landesrechtliche Normen grundsätzlich aufgehoben, soweit nicht Vorbehalte zu ihren Gunsten gemacht sind. 52

§ 10. β) aus Zitelmanns überstaatlichen J. P. R. kaum, da das J. P. R. grundsätzlich nicht Völkerrecht ist .. 53

Seite

§ 11. γ) aus allgemeinen Grundsätzen des J. P. R.s, die herzuleiten sind
1. aus Wissenschaft und Praxis, — z. T. Gewohnheitsrecht — 56
2. aus Rechtsvergleichung 59
αα) der verschiedenen Kollisionsnormen, ... 60
ββ) der verschiedenen materiellen Gesetze 61
3. aus der Natur der Sache 62

§ 12. Schluß. Prüfung des anzuwendenden fremden Rechts auf Grund von Art. 30 E. G. 64

§ 1.

Kollisionsnormen im weiteren Sinne sind „Sätze des einheimischen Rechts, welche im Falle der Kollision verschiedener Rechtsordnungen Bestimmungen darüber treffen, welche dieser Rechtsordnungen auf ein gegebenes Rechtsverhältnis Anwendung finden soll."[1])

Eine Kollision mehrerer Rechtsordnungen kann entweder in der Weise vorkommen, daß mehrere zeitlich nacheinander geltende Gesetze eines Gebietes das fragliche Rechtsverhältnis regeln wollen, oder aber so, daß mehrere Gesetze, die nebeneinander zu gleicher Zeit in verschiedenen Gebieten gelten, auf einen und denselben Tatbestand angewandt sein wollen.

Im ersten Falle spricht man von „zeitlichen", im letzten Falle von „örtlichen" Kollisionsnormen.

Während man jedoch die ersteren durch den Zusatz „zeitliche" Kollisionsnormen näher zu bestimmen pflegt, werden die örtlichen Normen nur mit „Kollisionsnormen" schlechthin bezeichnet.[2])

Sie bilden den engeren Begriff der Kollisionsnormen.

Nur von diesen soll im folgenden die Rede sein.

Früher Statutenlehre, jetzt internationales Privatrecht genannt, finden sich diese Normen zum größten Teil im E. G. zum B. G. B., und zwar in den Artikeln 7—31.

Sie schließen sich in ihrer Anordnung grundsätzlich der Einteilung des B. G. B. an:[3])

Art. 7—11 betreffen den allgemeinen Teil,
Art. 12 das Obligationenrecht,
Art. 13—23 das Familienrecht,
Art. 24—26 das Erbrecht

[1]) Engelmann, Lhrb. S. 29.
[2]) Habicht, J. P. R. S, 7. Engelmann, Lhrb. S. 29.
[3]) Habicht, J. P. R. S. 7 f.

Art. 27—31 enthalten einige allgemeine Grundsätze des internationalen Privatrechts.

Neben diesen Bestimmungen des E. G. finden sich noch einige wenige Bestimmungen in andern Reichsgesetzen, die nach Art. 32 des E. G. zum B. G. B. in Kraft geblieben sind, so z. B. die Normen:[1]) der

1) W. O. Art. 84, 86;
2) Z. P. O. §§ 55, 293, 328, 722, 723;
3) K. O. §§ 5, 50, 56, 237, 238;
4) St. R. §§ 3 und 4;
5) F. G. G. § 3, § 36 Abs. 2, 37 Abs. 2. 73 Abs. 2, 97 Abs. 2;
6) Zw. V. G. § 171;
7) Ges. betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899. §§ 2, 3, 9, 12, 13.

Schließlich sind in zahlreichen Staatsverträgen zwischen dem Deutschen Reiche oder seinen Gliedstaaten mit anderen Staaten einzelne Fragen des internationalen Privatrechtes berührt worden.

Diese Normen gehen gemäß den Vorschriften des Art. 56 E. G. zum B. G. B. den Normen des E. G. vor.

Diese Verträge einzeln aufzuzählen, dürfte zu weit gehen.

Von besonderer Bedeutung für die Vorschriften des E. G. sind die 3 Abkommen, welche am 12. Juni 1902 im Haag zwischen Deutschland, Österreich, Ungarn, Belgien, Spanien, Frankreich, Italien, Luxenburg, den Niederlanden, Portugal, Rumänien, Schweden und der Schweiz abgeschlossen sind:

1. zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschließung;
2. zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett;
3. zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige.

Soweit die Staatsverträge nicht eingreifen, bleibt es bei den Kollisionsnormen des E. G., zu denen die internationalrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze teils ergänzend, teils erläuternd hinzutreten.[2])

Trotz dieser Ergänzungen bleibt die Regelung des internationalen Privatrechts im E. G. durchaus noch lückenhaft.

---

[1]) Planck, B. G. B. Bd. VI, S. 23. Habicht, J. P. R. S. 40 f.
[2]) Habicht, J. P. R., S. 46.

Keine Bestimmungen enthält das E. G. über Materien, die im E. I und E. II geregelt waren, nämlich allgemeine Vorschriften über[1])

1. juristische Personen (E. I § 1, E. II § 2237),
2. dingliche Rechte an Sachen und über Besitz (E. I § 4, E. II § 2241),
3. Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden (E. I § 5, E. II § 2242),
4. Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen (E I § 6, E II § 2243) und anderen Gründen (E. I § 7, E. II § 2244),
5. Unterhaltspflicht der Verwandten (E. I § 18, E. II § 2258),
6. Vormundschaft (E. I § 21, E. II §§ 2259, 2260).

Der der ersten Kommission vorgelegte Entwurf enthielt außerdem noch Vorschriften über Rechtsfähigkeit und Sklaverei (§§ 5, 33), über Forderungsabtretung (§ 14) und über Anfechtung von Rechtshandlungen, welche die Gläubiger benachteiligen (§ 15).

Lückenhaft ist die Regelung der Kollisionsnormen nicht bloß in Ansehung der Rechtsverhältnisse, sondern auch in Ansehung der Anwendungsnorm selbst, ihrer internationalprivatrechtlichen Tragweite.

Von diesem Gesichtspunkt aus teilt man die Kollisionsnormen ein:[2])

a) in zweiseitige (vollkommene), welche den Anwendungsbereich des Inlandes und Auslandes regeln; so Art. 7 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 S. 2, Art. 17 Abs. 1, Art. 21 Halbs. 1,
b) in unvollständig zweiseitige; diese regeln auch den Anwendungsbereich des Inlandes nnd Auslandes, aber nur für den Fall, daß eine gewisse Beziehung zum Inlande vorliegt, z. B. Wohnsitz Atr. 7 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1, Art. 15 Abs. 2, Art. 24 Abs. 3, Art. 25 Satz 1.
c) in einseitige, welche lediglich den Anwendungsbereich des Deutschen Reiches bestimmen; so Art. 7 Abs. 3, Art. 8, Art. 9, Art. 10, Art. 12, Art. 13 Abs. 3, Art. 14, Art. 15 Abs. 1, Art. 16, Art. 18, 19, 20, 22,24 Abs. 1.

[1]) Planck, B. G. B. Bd, VI, S. 23; Habicht, J. P. R. S. 16.

[2]) Niedner, E. G. S. 12; Habicht J. P. R. S. 17; Engelmann B. G. B. S. 29; Niemeyer, J. P. R. S. 13 ff.; Niemeyer, Vorträge zum B. G. B. S. 11; Zitelmann J. P. R. Bd. II S. 214.

Die einseitigen Normen wieder bestimmen[1]) teils die regelmäßige Anwendungsnorm („prinzipale Kollisionsnorm"), teils wieder erweitern oder beschränken sie als Zusätze zu zweiseitigen oder einseitigen Kollisionsnormen den Anwendungsbereich des einheimischen bezw. fremden Rechts („Ausnahmestatuten"); z. B. Art. 8, 9, 10, 12, 13 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2, Art. 17 Abs. 3 und 4, Art. 22 Abs. 2.[2])

Weshalb man diese Lücken im Gesetz gelassen hat, ob infolge der Schwierigkeit des Stoffes oder aus Gründen der Diplomatie oder aus sonstigen Gründen, mag hier dahingestellt bleiben.

Es handelt sich hier lediglich um die Frage, welche Kollisionsnormen der deutsche Richter anzuwenden hat, wenn Bestimmungen der Gesetze und Staatsverträge nicht vorhanden sind, und zwar insbesondere auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts.

§ 2.

Frühere Lehren werden hierbei nicht viel nützen.

Wenn man auch im früheren Altertum einige Rechtsregeln über den Verkehr mit Ausländern gehabt hat, so läßt sich doch ein allgemein gültiges Prinzip nicht erkennen.[3])

Die Behandlung der Ausländer wechselte mit den politischen Beziehungen oder zeitweisen Bedürfnissen.

Im alten römischen Staate galt der Ausländer im römischen Gebiete, der Römer im Auslande als rechtlos.

Staatsverträge führten sehr frühzeitig zu einigen Ausnahmen. Man unterschied später einen universellen Bestandteil von Rechten, ius gentium, quod apud omnes gentes peraeque custoditur, welche jeder Fremde ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit erwerben, ausüben, verfolgen konnte.

An dem streng nationalen Bestandteil von Rechten, dem ius civile, konnten nur römische Bürger teilhaben und Angehörige solcher Staaten, denen durch ein Privilegium das ius commercium und ius connubium beigelegt war.

---

[1]) Niedner, E. G. S. 12 f.

[2]) Andere Einteilungen finden sich bei Niemeyer in seinem Werke: „Vorträge zum bürgerlichen Gesetzbuch", Seite 11; ferner in seiner Abhandlung: „Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs", Seite 10; ebenso unter anderen bei Zitelmann: „Internationales Privatrecht", Bd. II, Seite 213.

[3]) v. Bar, Holtzd.-Kohl. Encyklp., S. 7; Enneccerus, Lhrb., S. 178.

Bei der Dürftigkeit der uns vorliegenden Quellen im internationalen Privatrecht lassen sich nur spärliche Grundsätze feststellen, wobei das Personalitätsprinzip das allein herrschende war.

Über Familienrecht entschied das Recht der civitas, der das Haupt der Familie angehört, für Geschäftsfähigkeit und Vormundschaft galt das Heimatsrecht der Person, für das Erbrecht das Heimatsrecht des Erblassers.

Mit der Verleihung des Bürgerrechts an alle freien Einwohner des römischen Reiches im J. 212 n. Chr. mußte sich die Berücksichtigung fremder Rechte erheblich verringern, da von nun an das römische Privatrecht auf sie Anwendung fand.

Als sich germanische Stämme im römischen Reiche ansiedelten, galt das System der persönlichen Rechte,[1]) d. h. jeder wurde beurteilt nach dem Rechte des Staates, dem er durch Geburt angehörte. Nach diesem Rechte veräußerte, erwarb und verpflichtete er sich, nach ihm wurde er beerbt, ohne Rücksicht auf seinen Wohnsitz.

Mit der Auflösung des großen Frankenreiches änderte sich dieser Zustand. An die Stelle der reinen Abstammung trat die Aufnahme in ein bestimmtes Gemeinwesen. Doch machten weitgehende Privilegien, wie sie z. B. in späterer Zeit die Angehörigen der deutschen Hansa in England und Norwegen erlangten, von dieser prinzipiellen Territorialität des Rechts einige Ausnahmen.

Im Mittelalter war von einer völligen Rechtlosigkeit der Ausländer nicht die Rede, jedenfalls nicht, wenn es sich um Angehörige des christlichen Glaubens handelte. Ebensowenig wurde das einheimische Recht ausschließlich auch auf die Ausländer angewandt, wenn auch Lehnrecht und Hörigkeit dem Gesetz des Orts der Sache bei Fällen der Beerbung überaus günstig war.

Mit Ausgang des Mittelalters gewinnt die Statutenlehre[2]) insbesondere des Bartolus, wie sie von den französischen und niederländischen Juristen weitergebildet ist, für lange Zeit einschneidende Bedeutung.

Sie ist jedoch jetzt als veraltet verworfen. Ausgehend von der Anschauung, daß sich die Personen einem bestimmten Rechte

[1]) Savigny, Syst, d. röm. Rechts im Mittelalter Bd. I, S. 118 ff.; Brunner, Deutsche Rechtsgesch. Bd. I § 34.

[2]) v. Bar, Lhrb. des J. P. R., S. 14; v. Bar, J. P. R. in Holtzd. Encykl., S. 7; Enneccerus, Lhrb. des B. G. B. Bd. I S. 178; Engelmann, Lhrb.; Crome, Lhrb. des B. G. B., Bd. I S. 29.

stillschweigend unterwerfen, und zwar in bezug auf ihre Person den Gesetzen, die an ihrem Wohnsitz gelten (statuta personalia), in bezug auf Handlungen dem Rechte des Ortes, wo sie vorgenommen wurden (statuta mixta), in bezug auf Immobilien dem Rechte der belegenen Sache (statuta realia), während man die beweglichen Sachen als Zubehör der Person nach dem Grundsatz: mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus inhaerent behandelte, konnte sie den Anforderungen eines modernen Verkehrs nicht mehr genügen.[1])

Man hat allgemein eingesehen, wie willkürlich und irreführend es ist, im Rechte Personen, Sachen und Handlungen streng von einander gesondert zu behandeln.

Denn einmal äußert sich die rechtliche Wirksamkeit einer Person zunächst in Handlungen und diese wieder sind für das rechtliche Schicksal der Sachen von erheblichem Einfluß.[2])

Sodann ist die Anschauung, nach der die einzelnen Rechte als Annexa der Person zu betrachten sind, darum unzureichend, weil sie die Gewißheit voraussetzt, welches Personalstatut bei einem Rechtsgeschäft unter Personen mit verschiedener lex domicilii zur Anwendung kommt.

Auf ebensolche petitio principii läuft das von Eichhorn[3]) herangezogene Hilfstheorem der wohlerworbenen Rechte hinaus.

Trotz dieser Schwäche hat sich die Statutenlehre bis in das 19. Jahrhundert behauptet. Ihre Unhaltbarkeit hat erst Wächter in seinen umfangreichen Aufsätzen nachgewiesen (Arch. für civ. Praxis Bd. 24 und 25).

Er stellt als neues Prinzip den Satz auf, daß der Richter einerseits an den erklärten Willen seines Gesetzgebers gebunden sei, daß aber andrerseits „Sinn und Geist der einzelnen Rechtsnorm über ihre Anwendung auf Rechtsverhältnisse, die zum Inlande in Beziehung stehen, entscheiden."

Wenn dieses Prinzip auch an Klarheit manches zu wünschen übrig läßt, so wird der Sinn des Satzes noch mehr verdunkelt und beeinträchtigt durch den von Wächter gleichzeitig aufgestellten und in weitem Umfange benutzten Satz, daß der Richter

[1]) v. Bar, J. P. R. in Holtzd.-Kohl. Encykl. S. 7; Enneccerus, Lhrb. Bd. I, S. 178.

[2]) v. Bar, Lhrb. des J. P. R. S 14.

[3]) Eichhorn, Deutsch. Privatrecht, § 27.

im Zweifel lediglich die Gesetze seines eigenen Landes, die lex fori, anzuwenden habe. Er hat darum mit seiner Lehre wenig Anklang gefunden.

Denn mag auch in verschiedenen Vorschriften des internationalen Privatrechts, z. B. Art. 14 Abs. 2, Art. 19 Satz 2 und schließlich § 568 Abs. 3 Z. P. O. der Herrschaftskreis des deutschen Rechts, vom völkerrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, auf Kosten des Auslandsrechts erheblich begünstigt sein, so ist doch die Aufstellung des Grundsatzes, daß auch der Richter das fremde Recht zurücksetzen darf, kaum gerechtfertigt.[1])

Denn wenn auch der Richter an die Gesetze seines Staates gebunden ist, so bedeutet dies nur, daß er die Anwendungsregeln, die sein Staat erteilt, befolgen muß, nicht aber, daß er auch immer das materielle Recht seines Staates anzuwenden hat.[2])

Welches materielle Recht er in einzelnen Fällen anwenden soll, das soll er ja gerade aus der Anwendungsnorm ersehen. Beim Fehlen einer solchen ausdrücklichen Bestimmung ohne weiteres sein eigenes Rebht der Beurteilung zu Grunde zu legen, ist „unvereinbar mit der Gleichberechtigung aller Kulturstaaten und den Bedürfnissen des modernen Verkehrs.“[3])

Nur wenn man absolut nicht weiß, woher eine Person stammt, wo sie wohnt und wo sie sich im fraglichen Augenblick aufgehalten hat, will v. Bar[4]) auch jetzt noch „suppletorisch“ sein einheimisches Recht angewendet wissen.

Unser heutiges internationales Privatrecht beruht in seinen Grundgedanken auf der Lehre Savignys.[5])

Nach ihm ist es etwas rein zufälliges, daß der Richter dieses oder jenes Territoriums das Rechtsverhältnis zu beurteilen hat. Für ihn ist das Entscheidende, daß die Völker aus ihrer engherzigen Abgeschlossenheit herausgetreten sind, daß eine große Verkehrs- und Rechtsgemeinschaft die ganze civilierte Welt umschließt.

Diese Rechtsgemeinschaft verlangt es, — und est ist darum nicht bloß Gefälligkeit, — auch fremdes Recht so gut wie das heimische anzuwenden, damit die Verhältnisse, die ihrer Natur

---

[1]) Edelmann, Zeitschr. für J. P. R. Bd. VIII S. 315.

[2]) Zitelmann, J. P. R. Bd. II S. 24; R. G. XXI S. 137.

[3]) Planck, B. G. B. Bd. VI S. 24.

[4]) v. Bar, Zeitschr. für J. P. R. und J. Str. R. Bd. VIII S. 180.

[5]) v. Savigny, System des heut. röm. Privatrechts, Bd. VIII.

nach einem bestimmten Rechtsgebiete angehören, überall dieselbe Beurteilung erfahren. Deshalb hat der Richter nicht die lex fori anzuwenden, sondern stets die Norm des Rechtsgebietes, dem das zu beurteilende Rechtsverhältnis seiner Natur nach angehört, „wo es seinen Sitz[1]) hat."

Inwieweit man von einem Sitz des Rechtsverhältnisses mit Recht sprechen darf, mag hier dahingestellt bleiben. In der Lehre steckt ein guter und gesunder Gedanke, auf dem sich die neue Lehre weiterbaut und weiterbauen kann.

§ 3.

Ich kann darum der Ansicht nicht beistimmen, welche dem Richter in der Entscheidung der nicht geregelten Fälle völlig freie Hand läßt.[2])

Diese Ansicht, welche abgesehen von früheren Vertretern, insbesondere Wächter, jetzt neuerdings von Edelmann wieder aufgestellt ist, wird mit der Behauptung begründet, daß analoge Anwendung der gegebenen Normen unstatthaft sei und daß die Anwendung bestimmter theoretischer Prinzipien gegen den Geist des Gesetzes verstoße und daß ein sonstiger Behelf für die Beantwortung der offengelassenen Fragen nicht vorhanden sei.[3])

Der Richter habe darum im internationalen Privatrecht eine ähnliche Stellung, wie sie im alten Rom der Prätor gegenüber dem ius civile eingenommen hat. „Wie dieser berufen war, teils iuris civilis adiuvandi, teils iuris civilis supplendi causa sein Amt zu üben, so hat auch der deutsche Richter in einer der Billigkeit und gleichzeitig den deutschen Interessen möglichst Rechnung tragenden Weise Recht zu finden."

Dieser Ansicht stehen folgende Bedenken entgegen:

1. Die Richtigkeit der Behauptungen, auf die sich die Ansicht gründet, ist von Edelmann durchaus nicht nachge-

---

[1]) Vgl. hierzu: Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 45 Anmk. 8; v. Bar, Lhrb. des J. P. R.; Böhm, Räumliche Herrschaft der Rechtsnorm S. 5 ff,; Hartmann, Internationale Geldschuld, S. 33; Gierke, D. Privatrecht, S 212; Niemeyer, Positives J. P. R. S. 86; Zitelmann, J. P. R. S. 23.

[2]) Edelmann, Böhms Zeitschr. Bd. VIII S. 295 besonders S. 315; Niemeyer, J. P. R. S. 51; Niemeyer, Positiv. J. P. R. Bd. I § 166; Neumann, J. P. R. S. 22; Planck, B. G. B. Bd. VI S. 24; Habicht, J. P. R. S. 32; v. Bar, Holtzd.-Kohl. Encykl. S. 10.

[3]) Edelmann, Böhms Zeitschr. Bd. VIII, S. 315.

wiesen. Edelmann hat einen solchen Beweis überhaupt nicht geführt, geschweige denn ist ihm ein solcher geglückt.

2. Eine Rechtsprechung nach freiem Ermessen des Richters bringt überall die Gefahr der Unsicherheit und Verschiedenheit mit sich. Denn gerade das, was billig ist und gleichzeitig den deutschen Interessen entspricht, wird oft verschieden sein und verschieden beantwortet werden.[1])
3. Freies Entscheidungsrecht des Richters widerspricht jedweder Tradition und Praxis.[2])
4. Freies Ermessen und Willkür des Richters sind wohl zwei verschiedene Dinge, aber derartig eng mit einander verwachsen, daß eine Grenze zwischen ihnen sehr schwer, in vielen Fällen überhaupt nicht zu ziehen sein wird.

Darum ist es eher gerechtfertigt, das freie Ermessen des Richters möglichst einzudämmen und nicht, wie hier, auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts der freien Entscheidung des Richters ein so weites und wichtiges Gebiet zu überlassen.

§ 4.

Wenn der Richter eine international-privatrechtliche Frage zu entscheiden hat, so hat er in erste Reihe das für diese Frage in seinem Lande etwa geltende positive internationale Privatrecht zu ermitteln und nur in dieser Beziehung seine lex fori zur Anwendung zu bringen.[3])

Hierbei hat er nach denselben regeln zu verfahren, wie bei der Auslegung jeder andern Gesetzesstelle.

Er darf die ihm dabei zu Gebote stehenden Mittel anwenden, d. h. die Gesetzesworte und den Willen des Gesetzgebers erforschen und somit von der grammatischen und logischen Interpretation vollen Gebrauch machen.

Anhaltspunkte für die logische Interpretation sind sehr verschiedenartig. Sie ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte und Ausbildungsgeschichte der Norm, aus der ratio iuris, d. h. dem Zusammenhange[4]) mit dem ganzen Rechtssystem, dem gesamten Gesetzbuch und der ratio legis, dem Rechtsgrunde, dem Zwecke des Rechtssatzes.

---

[1]) Neumann, J. P. R. S. 22.

[2]) v. Bar, Holtzd.-Kohl. Encykl. S. 11.

[3]) Barazetti in Böhms Zeitschr. Bd. VIII, S. 32; Zitelmann, J. P. R. Bd. I S. 9.

[4]) Zitelmann, J. P. R. I. S. 9.

Spätere Gesetze, ebenso Staatsverträge sind zu berücksichtigen; desgleichen wird Gewohnheitsrecht eine Rolle spielen können, da sie die Norm, welche der Richter auslegen will, unter Umständen in hellem Licht erscheinen lassen.

In höchst vorsichtiger Weise ist ferner auch die Hilfe des argumentum e contrario in Anspruch zu nehmen.

§ 5.

Ob Analogie als Entscheidungsquelle im J. P. R. zu benutzen ist, ist sehr bestritten.

Analogie bedeutet, daß ein Rechtssatz oder ein Komplex von solchen auf Fälle ausgedehnt wird, die von seinen Voraussetzungen nur unwesentlich abweichen.[1]) Analogie ist nicht gleichbedeutend mit der oben erwähnten und für zulässig erklärten ausdehnenden Auslegung. Sie unterscheidet sich begrifflich scharf von ihr, da sie den Gedanken weiter entwickelt, während letztere nur den Gedanken des Gesetzes gegenüber dem zu engen Ausdruck klar stellen will.

Einem amerikanischen Staatsangehörigen z. B., der in Breslau seinen Wohnsitz hat, wird von seiner Ehefrau, während sie sich in Paris aufhält, ein Kind geboren. Der deutsche Richter soll entscheiden, ob das Kind ehelich ist oder nicht.

Nach welchem Gesetze hat er die Ehelichkeit zu beurteilen? nach deutschem, amerikanischem oder französischem?

Oder ein anderes Beispiel:

Derselbe Amerikaner erwirbt in Breslau ein Grundstück.

Nach welchem Rechte vollzieht sich sein Eigentumserwerb an diesem Grundstück, nach deutschem oder amerikanischem?

Beim ersten Beispiel wird der Richter an Art. 18 E. G. zum B. G. B. wenigstens einen Anhalt haben; dieser Art. 18 besagt: Die Ehelichkeit eines Kindes wird nach deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist.

Für das letzte Beispiel findet der Richter abgesehen von Art. 88 uud 11 Abs. 2 im E. G. keine Norm, von der er ausgehen könnte; er findet eine vollkommene Lücke vor.

[1]) Enneccerus, Lhrb Bd. I S. 154; Crome, Lhrb. Bd. I S. 106.

Von diesem Gesichtspunkte aus ergibt sich eine Zweiteilung[1]) für das Verfahren, das der Richter beim Vorhandensein von Lücken anzuwenden hat, nämlich

I. bei partiellen Lücken,

II. bei vollkommenen Lücken.

Für den ersten Fall, d. h. wo nnr teilweise Lücken vorhanden sind, wird darum die Frage nach Analogie nicht zu umgehen sein.

Die Zulässigkeit der Analogie ist im allgemeinen unzweifelhafte Tatsache. Schon das römische Recht kannte sie: D (19, 1) 4; D (18,1) 34 § 7; D (6, 1) 27 § 3.

Das B. G. B. hat ihre Zulässigkeit als selbstverständlich mit Schweigen übergangen.

Ob aber die Lücken auch im E. G. durch Analogie zu ergänzen sind, ist sehr umstritten.

Es handelt sich hier vornehmlich um die einseitigen und unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen der oben S. 7 erwähnten Artikel.

In dieser Hinsicht stehen sich zwei Ansichten schroff gegenüber:

Die einen,[2]) insbesondere Niemeyer, wollen durch Analogie diese partiellen Lücken ergänzen; die andern,[3]) vornehmlich Neumann, verwerfen dieselbe aufs entschiedenste.

Die Gründe, welche für die Analogie ins Feld geführt[4]) werden, sind mancherlei Art:

1. Aus den bestehenden Kollisionsnormen, die in Betracht kommen, ergibt sich das Prinzip unserer Gesetzgebung dahin, daß für sie das Personalstatut maßgebend ist und daß übrall das Recht der Staatsangehörigkeit für zuständig erklärt ist.

---

[1]) Habicht, S. 32 J. P. R.; Planck a. a. O. S. 24; Gierke, Deutsch. Privatr. I, S. 216; ähnlich Niedner, Einführungsges. S. 15; und Niemeyer, J. P. R. S. 35.

[2]) Niemeyer, J. P. R. S. 34; Zitelmann, J. P. R. I S. 228, 235; Barazetti in Böhms Zeitschr. VIII S. 71, 84, 86, 98; Silberschmid in Böhms Zeitschr. VIII S. 98 ff.; Crome, Syst. des Bürg. R. S. 152 Anm. 61; Mathias, Lhrb. des Bürg. R. I § 16.

[3]) Neumann, Handausgabe III S. 6; in Gruchots Beiträgen Bd. XXXXVI S. 67; Bar in Böhms Zeitschr. VIII S. 177 ff.; Niedner, Einführungsges. S. 14; Kreidel in Böhms Zeitschr. VII S. 243—44; Schnell in Bödms Zeitschr. VII S. 116; Enneccerus, Lhrb. I S. 174.

[4]) Niemeyer, J. P. R. S. 34 ff.

Das geht nach seiner Ansicht aus folgendem deutlich hervor:

α) Von den Vorschriften des J. P. R. beschränken sich die einseitigen Kollisionsnormen darauf, nur für die deutschen Staatsangehörigen das Heimatsrecht vorzuschreiben.

β) In den unvollständig zweiseitigen wird auch für die Ausländer das Heimatsrecht für maßgeblich erklärt.

γ) Die vollkommenen Normen der Art. 7, 17, 21 erklären ganz allgemein für Ausländer und für Deutsche das Heimatsrecht für maßgeblich.

2. Aus dem historischen Zusammenhang geht ferner hervor, daß die Bestimmungen der Kollisionsnormen mit der Entwickelung zusammenhängen, welche Theorie und Praxis des Personalstatuts genommen hat. Diese haben es für angemessen gehalten, in einer Reihe von Rechtsfragen diejenige Rechtsordnung maßgeblich sein zu lassen, welche mit der Persönlichkeit dauernd verknüpft ist. Als Grundlage dieser dauernden Verknüpfung hat das Gesetz die Staatsangehörigkeit bestimmt, im Gegensatz zur früheren Entwickelung, welche den Wohnsitz als Kennzeichen dauernder Verknüpfung angesehen hat.

3. Theorie und Praxis haben in der Gesetzesauslegung übereinstimmend den Grundsatz, daß Rechtsfolgen, welche das Gesetz an bestimmte Tatbestände geknüpft hat, analog auch auf solche Tatbestände anzuwenden sind, die im Gesetz nicht unmittelbar geregelt sind, die jedoch „die für die ratio legis entscheidenden gleichen Merkmale aufweisen.

Daß für die nicht geregelten Tatbestände die ratio legis zutreffe, unterliegt nach Niemeyer[1]) keinem Zweifel.

Es sei hier nur auf Art. 13 hingewiesen. Dieser Art. erklärt nach Niemeyer das Heimatsrecht hinsichtlich der Eheschließung schlechthin für maßgebend, mag es sich um Ehen handeln, die im Inlande oder Auslande, zwischen Inländern oder Ausländern geschlossen werden.

Hier ist also weder Inländereigenschaft, noch Ort der Eheschließung entscheidend, sondern einzig und allein das Heimatsrecht der Nupturienten — kumulativ.

---

[1]) Niemeyer, J. P. R. S. 37.

Dieses Prinzip bringt das Gesetz zur Geltung unter Zulassung von Konflikten in den Fällen, wo das Ausland abweichende Bestimmungen aufgestellt hat, indem es z. B. das ausländische Ortsrecht für maßgebend erklärt.

Den Ausländern wird ihr Heimatsrecht „oktroyiert", ohne daß dieses selbst angewandt sein will. Gerade die Konfliktsfälle sind nach Niemeyer[1]) ein starker Ausdruck für die legislatorische Richtigkeit des Staatsangehörigkeitsprinzipes und ein Beweis dafür, „daß das Gesetz das Prinzip der Staatsangehörigkeit universell für richtig und seine möglichst analoge Anwendung internationalistisch für wünschenswert hält."

Dieser Ansicht Niemeyers kann ich mich nicht anschließen und zwar aus folgenden Gründen:

1. Wollte man mit Niemeyer die Lücken der fraglichen Artikel ohne weiteres durch Analogie ergänzen, so würde das nichts anderes bedeuten, als die Entwürfe E. I und E. II wieder herzustellen und als Gesetz wieder aufleben zu lassen.

   Nun hat aber der Bundesrat die deutschen Kollisionsnormen entgegen dem Gebhard'schen Entwurf, entgegen den damals nicht veröffentlichten Beschlüssen der ersten Kommission und dem E. II zum größten Teil auf die Abgrenzung des deutschen Rechts beschränkt.

   Die Änderung, welche der E. II durch die Fassung der 8 Artikel 13, 14, 15, 18, 19, 20, 22, 24 erfahren hat, hat ihren guten Grund. Das wird von der Mehrzahl[2]) der Lehrbücher anerkannt.

   Es ist vollkommen ungerechtfertigt, mit Niemeyer anzunehmen, daß diese Artikel „ein aus Kompromissen hervorgegangenes und schlechthin mangelhaftes Stückwerk seien, hinter dessen fragwürdiger Gestalt man vergeblich einen tiefen Sinn und versteckte gesetzgeberische Weisheit suche." Eine Auslegung, die zu solchem Resultat kommt, spricht sich selbst ihr Urteil.

   Die Änderung hat ihren Grund, und dieser ist eben darin zu finden, daß sich der deutsche Gesetzgeber nicht

---

[1]) Niemeyer, J. P. R. S. 38.

[2]) v. Bar, Arch. für öffentl. Recht, XV, S. 28; Neumann, Handausgabe des B. G. B. Bd. III.

für zuständig erklärt hat, den Anwendungsbereich ausländischer Rechtsordnungen in solchen Fällen zu bestimmen, in denen keine Beziehung zum Inlande vorliegt. Es zeigt sich hierin das Bestreben, im Interesse des internationalen Friedens unerwünschte Eingriffe in solche Fragen möglichst zu vermeiden, welche die Deutschen und das deutsche Gebiet nur nebensächlich berühren.

2. Aus dieser Änderung, welche der Bundesrat vorgenommen hat, läßt sich folgern, daß die Kollisionsnormen keine Grenzlinien zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen darstellen sollen.

Sie sind einmal Abgrenzungen[1]) des heimischen Rechts, wo sie deutsches Recht für anwendbar erklären, und Verweisungen auf fremdes Recht, wo sie die Anwendbarkeit der ausländischen Rechtsordnung vorschreiben.

Dieser Unterschied in der Art der Kollisionsnorm wird darum leicht übersehen, weil die Beschränkung des einheimischen Rechts und die Überweisung auf fremdes Recht den Anschein eines einzigen Rechtssatzes erwecken, da sie oft in derselben Wortfassung verbunden sind.

Bei der Abgrenzung heimischen Rechts sind aber Analogieschlüsse in dem Umfange wie auf dem Gebiete des materiellen Rechts, das nach Inhalt und Bedeutung von der heimischen Norm sehr verschieden ist, nicht zulässig.

Auch ist es nicht Aufgabe des Gesetzgebers, auch die Anwendungsnorm der verschiedenen fremden Gesetze festzustellen. „Wie käme der deutsche Gesetzgeber dazu", sagt Enneccerus, „seinerseits zu bestimmen, nach welchem Rechte eine von zwei Dänen in England abgeschlossene Ehe zu beurteilen ist. Diese Frage wird er verständiger Weise, sei es dem dänischen, sei es dem englischen Recht überlassen."

3. Er würde sonst leicht gegen allgemeine Grundsätze des Völkerrechts verstoßen. Der deutsche Gesetzgeber ist kraft seiner Souveränität befugt, seinen Gerichten, soweit er es für gut befindet, die Normen vorzuschreiben, nach denen sie das auf den einzelnen Fall anwendbare Recht zu bestimmen haben. In Angelegenheiten, welche das deutsche

[1]) Enneccerus, Lhrb. S. 171.

Interesse nicht berühren, läßt er dem Auslande freie Hand und mischt sich nicht in dieselben hinein.

Wollte man dagegen das Personalstatut ohne weiteres analog auch auf Ausländer anwenden, so würde man sein Prinzip zur Anwendung bringen in offenem Widerspruch zu abweichenden Prinzipien ausländischer Gesetzgebungen.

Wenn auch die Konflikte, die sich infolge abweichender Bestimmungen ausländischer Gesetzgebungen ergeben, durch Art. 27 E. G. an Zahl sehr eingeschränkt werden, so lassen sie sich doch nicht vollständig beseitigen. Man würde sich schließlich in offenen Widerspruch setzen mit dem völkerrechtlichen Grundsatz, daß der Staat bei Feststellung seiner Kollisionsvorschriften seine Grenzbestimmungen nicht überschreiten darf; man würde den Ausländern ihr Heimatsrecht in gewissen Fällen oktroyieren, ohne daß dieses selbst angewandt sein will.

Hierin zeigt sich aber nicht die legislatorische Richtigkeit des Staatsangehörigkeitsprinzipes, sondern lediglich die Tatsache, daß die Auslegung auf eine unrechte Bahn geraten ist.[1])

4. Die unbeschränkte Zulassung der Analogie führt schließlich auch zu unannehmbaren Resultaten:[2])

Zwei in London wohnhafte Dänen schließen dort eine Ehe, der nach englischem Recht kein Hindernis entgegen steht. Nach dänischem Recht bestände zwar ein solches, kommt aber nicht in Betracht, weil das dänische Recht das Recht des Domizils, also englisches Recht für maßgebend erklärt. Die Ehe ist also nach englischem und dänischem Rechte gültig.

Der deutsche Richter aber müßte, wenn man aus der Vorschrift des Art. 13 Abs. 1 die Anwendung der dänischen eherechtlichen Sachnorm auf die Eheschließung der Dänen herleiten wollte, die Ehe für nichtig, die Kinder für unehelich, die Frau für eine Konkubine erklären.

Ein solches Resultat, das jedem Gerechtigkeitsgefühl Hohn spricht, wird der Gesetzgeber seiner Theorie zuliebe nicht beabsichtigt haben.

---

[1]) Neumann, in Gruchots Beiträgen.

[2]) Enneccerus, Lhrb. I S. 171.

Der Fehler liegt hier vielmehr in der Auslegung, die mit ihrer analogen Ausdehnung der Normen zu weit gegangen ist.

Es muß deshalb ein anderer Weg zum Ziele führen.

§ 6.

Die insbesondere von Neumann und teilweise auch von Niedner vertretene Ansicht geht dahin:

Ausgangspunkt für die Bestimmung des anzuwendenden örtlichen Rechts ist stets das deutsche internationale Privatrecht, wobei auch die für das Deutsche Reich und die Bundesstaaten geltenden Staatsverträge zu berücksichtigen sind. Soll auf Grund einer in Frage kommenden Bestimmung deutsches Recht zur Anwendung kommen, so ist deutsches Recht anzuwenden; ist ein bestimmtes fremdes Recht für maßgebend erklärt, so hat diese Anwendung in Gemäßheit des Vertrages zu erfolgen.

In den Fällen, wo nicht deutsches Recht, auch nicht ein bestimmtes ausländisches Recht für anwendbar bezeichnet ist, hat der Richter weiter zu prüfen, „welches das für die Beurteilung maßgebende Recht ist", oder wie Niedner[1]) sich ausdrückt, „welche verschiedenen Auslandsrechte vermöge der vorliegenden staatlichen Beziehungsfälle des Rechtsverhältnisses möglicher Weise in Betracht kommen können."

Das Ergebnis dieser Untersuchung kann ein zweifaches sein; nämlich sich eine Lösung ohne Konflikt oder mit Konflikt ergeben, je nachdem nur ein ausländisches Recht seine Geltung für sich beansprucht, oder mehrere Gesetzgebungen in der Bestimmung des anzuwendenden Rechts mit einander im Widerspruch stehen.

Das erste Ergebnis kann dann eintreten, wenn der zu beurteilende Tatbestand sich ausschließlich in einem einzigen Rechtsgebiet abgespielt hat und in keiner Beziehung zu einem anderen Rechtsgebiet steht. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Erblasser, der in seinem Heimatstaat Wohnsitz und Nachlaß hat, nur solche Erben hinterläßt, die seinem Heimatsstaate angehören.

Oder ein Fall der Konfliktslosigkeit ist auch dann gegeben, wenn die mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen das Rechtsverhältnis übereinstimmend ein und derselben Gesetz-

[1]) Niedner, Einführungsgesetz zum B. G. B.

gebung zur Beurteilung überweisen, sei es auf Grund übereinstimmender Vorschrift des allgemeinen Privatrechts, sei es auf Grund vertragsmäßiger Regelung.

In allen diesen Fällen ist das als maßgebend bezeichnete ausländische Recht anzuwenden.

Bis hierher sind Neumann und Niedner gleicher Ansicht.

Stimmen dagegen die sämtlichen in Betracht kommenden Auslandsrechte in der Bestimmung des maßgeblichen Rechtes nicht überein, entweder weil mehrere Gesetzgebungen sich selbst für zuständig erklären — positiver Konflikt —, oder weil die Gesetzgebungen die Entscheidung der Sache verschiedenen Rechtsordnungen zuwenden — negativer Konflikt —, so ist nach Neumann das internationale Privatrecht des Staates anzuwenden, bei welchem die nach Anschauung des deutschen internationalen Privatrechts wichtigste Beziehung zum Inlande vorliegt.[1])

Anders will Niedner[2]) in diesen Fällen, wo die sämtlichen in Betracht kommenden Auslandsrechte in Konflikt geraten, das maßgebende Recht bestimmen, indem nach ihm die einheimische Kollisionsnorm, — nicht das einheimische materielle Recht — zur analogen Anwendung zu bringen ist.

Er erläutert seine Ausführungen durch das Beispiel von einem schweizerischen Ehepaar, das bei Begründung der Ehe im Kongostaat ansässig war und für welches der deutsche Richter die Frage nach dem ehelichen Güterrecht entscheiden soll.

Hier hat der Richter, da die beiden in Betracht kommenden Staaten — Schweiz und Kongostaat — übereinstimmend das Recht des Wohnsitzes zur Zeit des Eheabschlusses für maßgebend erklären, das Recht des Kongostaates anzuwenden.

Verlegen sie dagegen ihren Wohnsitz nach der russischen Ostseegrenze, so liegt Übereinstimmung in den Kollisionsnormen nicht mehr vor, da nach Est-Livländischem Recht das jeweilige Domizil entscheidet

Hier in diesen Fällen wendet Niedner den Art. 15 analog an, der das eheliche Güterrecht nach deutschem Recht bestimmt, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung Deutscher war,

---

[1]) Neumann, Hdausg. des B. G. B. Bd. III S. 8.

[2]) Niedner, Das Einführges. S. 15; Keidel, Das internationale Eherecht, — in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd. VII S. 244; Schnell, in derselben Zeitschrift, Bd. VII S. 340.

und folgert durch Analogie, daß für das schweizerische Ehepaar ebenfalls das Heimatsrecht, das Güterrecht der Schweiz maßgebend ist.

Er hält es jedoch für „noch richtiger", im Falle der Nichtübereinstimmung der fremden Statuten eine sinngemäße Anwendung der einheimischen Kollisionsnormen vorerst insoweit vorzunehmen, als von den verschiedenen in Betracht kommenden Beziehungsfällen die nach Anschauung des einheimischen Gesetzes wichtigste Beziehung ermittelt würde, was in unserem Beispiel dazu führen würde, auch im letztgedachten Falle die Maßgeblichkeit des Rechts des Kongostaates als des ersten Ehedomizils zu statuieren.

Diesen Ausführungen Niedners kann ich mich nur insoweit anschließen, als sie die Fälle betreffen, in denen kein Konflikt vorliegt.

Jedoch die oben dargelegte Entscheidung der Konfliktsfälle kann ich nicht billigen.

„Denn entweder ist die Analogie", wie Niemeyer bereits hervorgehoben, „gerechtfertigt; dann muß sie in erster Linie und nicht erst subsidiär angewandt werden. Oder aber sie ist überhaupt nicht begründet; dann ist sie es auch nicht bei subsidiärer Anwendung."

Was den zweiten von Niedner vorgeschlagenen und als „vielleicht noch richtigeren" Weg anlangt, so verwirft ihn Niedner selbst als „impraktikabel".[1])

Ich möchte mich diesem Urteil nicht anschließen; ich halte vielmehr diesen Weg als sehr verwandt mit dem von Neumann angegebenen. Wenngleich eine völlige Übereinstimmung nicht vorliegt, so sind sie doch in ihrem Wesen gleich.

Den Unterschied sehe ich darin, daß bei Niedner die wichtigsten möglicherweise in Betracht kommenden Beziehungsfälle — Anknüpfungsmomente — auf ihre Übereinstimmung hinsichtlich der Kollisionsnormen geprüft, und bei Nichtübereinstimmung der Norm die nach Anschauung des heimischen Rechts wichtigste Beziehung ermittelt wird, während Neumann bei Nichtübereinstimmung der in Betracht kommenden Normen bald, d. h. ohne besondere vorherige Forschung nach den möglicherweise in Betracht kommenden Beziehungsfällen das internationale Privatrecht

[1]) Niedner, Einführungsges. S. 15.

des Staates anwenden will, für welchen die nach Anschauung unseres Rechts maßgebende Beziehung vorliegt.

Dieses von Neumann[1]) aufgestellte Prinzip der Zuständigkeitserörterung oder der Kompetenzerwägung hat manches für sich:

1. Die Fassung einzelner Artikel deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber sich dieses Prinzip zum Teil zu eigen gemacht hat.

Wenn gegenüber dem E. II, wie bereits gesagt, die Art. 13, 14, 15, 18, 19, 21, 22, 24[2]) nur eine Abgrenzung[3]) heimischen Rechts, nicht Grenzziehuug mit allen Rechten des Erdballs bezwecken wollen, so hat dies doch darin seinen Grund, daß der Gesetzgeber sich grundsätzlich nur für zuständig erachtet, die Anwendbarkeit deutschen Rechts zu bestimmen.[4])

Dieser prinzipiellen Bedeutung der Fassungsänderungen kann es keinen Abbruch tun, wenn 3 Normen (Art. 7, 11, 21) in der Fassung des E. II belassen worden sind, zumal da diese Sonderbehandlung der 3 Normen, wie Neumann[5]) in Grouchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, S. 81 ff. nachgewiesen hat, durchaus gerechtfertigt ist. Sie ist auch durch eine Beziehung zum Inlande oder durch ein praktisches Bedürfnis geboten.

Wenn in einigen Artikeln die Bestimmung enthalten ist, daß Auslandsrecht anzuwenden oder ein Ausländer nach deutschem Recht zu beurteilen sei, so kann dieser Umstand den Schluß nicht rechtfertigen, der Gesetzgeber habe bei Aufstellung der Normen die Zuständigkeitserwägung nicht angestellt.

Daraus ist nur zu folgern, daß sich der Gesetzgeber in der Tat für zuständig erachtet hat, solche Vorschriften zu erlassen. Ob er dagegen seine Zuständigkeit mit Recht für sich beansprucht hat, ist im allgemeinen für eine lex lata von wenig Bedeutung.

Diese Frage ist jedoch auch mit ja zu beantworten. Ich kann Niemeyer nicht beipflichten, wenn er in diesen Bestimmungen eine krasse Kompetenzüberschreitung von

---

[1]) Neumann, Handausgabe III S. 8, in Grouchots Beiträgen Bd. 46, S. 71.

[2]) Niemeyer, J. P. R., S. 18.

[3]) Enneccerus, Lhrb. S. 171.

[4]) Planck, B. G. B., Bd. VI, S. 23.

[5]) Dsgl. Plank, B. G. B., Bd. VI, S. 23.

seiten des Gesetzgebers sieht. Ich glaube vielmehr, daß dieser Vorwurf als ein unberechtigter von Neumann in Gruchot: Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 46, S. 47 einwandsfrei zurückgewiesen ist.

Ich will nur eins von den von Neumann angeführten Beispielen heranziehen:

Der Art. 15, den Niemeyer ebenfalls als Übergriff in die Kompetenz des internationalen Privatrechts anderer Staaten bezeichnet, bestimmt in seinem Abs. 2: „Erwirbt ein Ehemann nach Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit, oder haben ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Inlande, so sind für das eheliche Güterrecht die Gesetze des Staates maßgebend, denen der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe angehört."

Nach dem Grundsatz der Kompetenzerwägung nun bestimmt sich das eheliche Güterrecht nach der Zeit der Eheschließung, und dieser Grundsatz führt dazu, dem Heimatsrechte des Ehemannes die Zuständigkeit für die Kollisionsnorm auch dann noch zuzuerkennen, wenn nachträglich der Ehemann Deutscher wird.

Das muß man zugeben. Jedenfalls aber hat der deutsche Gesetzgeber etwas anderes gewollt und er hat im Abs. 2 zu erkennen gegeben, daß er sich als der für die erworbene Staatsangehörigkeit maßgebende Gesetzgeber berufen erachtet hat, die anzuwendenden Kollisionsnormen zu bestimmen.

Daß er als der nunmehrige Heimatsstaat das Recht für sich beanspruchen darf, auch für seine neuen Reichsangehörigen das eheliche Güterrecht zu bestimmen, ist auch von dem Standpunkte der Kompetenzerwägung aus durchaus gerechtfertigt.

2. Für das Prinzip der Kompetenzerwägung spricht ferner auch der Umstand, daß es mit den Grundsätzen im Einklang steht, welche von den Vertretern der auswärtigen Politik für diese als maßgebend bezeichnet worden sind.

Diese Grundsätze der Politik gehen dahin, daß das Deutsche Reich einerseits Herr im eigenen Hause ist und kraft seiner Souveränität selbständig seine Angelegenheiten besorgt, daß es hierbei in erster Linie die eigenen Interessen wahrnimmt und für die Vorteile, die es anderen

Staaten bietet, die entsprechende Gegenleistung für sich in Anspruch nimmt, daß es andrerseits aber auch dieselben Rechte, welche es für sich beansprucht, den anderen Staaten zubilligt und sich nicht, soweit nicht ein deutsches Interesse dies verlangt, in deren Angelegenheiten mischt.

Diese Prinzipien entsprechen folgenden Sätzen:

Der deutsche Gesetzgeber darf nach Gutdünken seinen Gerichten die Normen vorschreiben, nach denen im einzelnen Falle das anzuwendende Recht zu bestimmen ist; er darf nach Belieben deutsches oder ausländisches Recht für anwendbar erklären.

Diese Vorschriften hat der deutsche Richter zu befolgen, ganz gleichgültig, ob sie in deutschen Gesetzen oder Staatsverträgen des Reiches oder der Bundesstaaten enthalten sind.

Bei Feststellung dieser Normen waltet das deutsche Interesse vor.

Vorteile werden anderen Staaten nur gewährt, wenn Gegenseitigkeit verbürgt ist.

In Angelegenheiten, in denen deutsches Interesse nicht vorliegt, mischt sich der Gesetzgeber nicht hinein, sondern läßt dem Auslande freie Hand.

Niemeyer[1]) wirft diesem Kompetenzprinzip vor, „daß es dem bescheidenen Zurücktreten unserer Rechtsordnung gegenüber der Kompetenz anderer Rechtsordnungen grundsätzlich das Wort rede, nicht nur im Sinne politischer Zweckmäßigkeit, sondern im Sinne juristischer Notwendigkeit."

In Anbetracht der eben angeführten Grundsätze ist dieser Vorwurf kaum noch gerechtfertigt.

Von einem Zurückweichen vor der ausländischen Gesetzgebung kann nicht die Rede sein. Vielmehr hat der Gesetzgeber überall da, wo es ihm zweckmäßig erschien, die nötige Vorsorge dafür getroffen, daß ausländisches Recht da nicht angewendet wird, wo es den inländischen Anschauungen nicht entspricht.

So ist zum Schutze der Sicherheit des inländischen Rechtsverkehrs von diesem Grundsatz z. B. im Art. 7 Abs. 3 eine Ausnahme dahin gemacht, daß ein Ausländer, der im Inlande ein Rechtsgeschäft vornimmt, für das er geschäfts-

[1]) Niemeyer, J. P. R. S. 23.

unfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist, für dieses Geschäft insoweit geschäftsfähig sein solle, als er es nach deutschen Gesetzen sein würde.

Nach Art. 30 ist ferner die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.

Schließlich bleibt es in Art. 31 der Reichsbehörde unbenommen, jederzeit das in den vorhergehenden Artikeln stillschweigend gewährleistete Prinzip der Gegenseitigkeit wieder außer Anwendung zu setzen, falls der ausländische Staat durch sein Verhalten dazu Anlaß gibt.

Daraus geht hervor: von einem bescheidenen Zurücktreten unserer Rechtsordnung gegenüber der Kompetenz anderer Staaten kann nicht die Rede sein.

Auf die Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages möchte ich kein großes Gewicht in diesen Punkten legen.

Denn wenn Niemeyer behauptet, der Juristentag habe das Kompetenzprinzip verworfen — ein Trumpf, den er gegen Neumann auszuspielen glaubt —, so kann immerhin noch zweifelhaft sein, ob dabei nicht eine mißverständliche Auffassung der Neumann'schen Ausführungen über Rück- und Weiterverweisung mitgespielt hat.

Darum, glaube ich, spielt dieses Moment weder für die eine, noch für die andere Partei eine Rolle.

3. Daß diese Lösung dem Gesetze entspricht, ergibt sich ferner auch aus den Bestimmungen der Artikel 27 und 28.

Wenn Art. 27 bestimmt, daß auf Grund des fremden Gesetzes das deutsche Recht maßgebend sein soll, so setzt der Artikel voraus, daß die fremde Norm Beachtung finden soll, und nicht, daß man bald durch analoge Ausdehnung des Staatsangehörigkeitsprinzipes das fremde materielle Recht anwenden soll. Sonst wäre überhaupt die Bestimmung des Art. 27 kaum verständlich.

Ebenso steht es mit Art. 28, der gleichfalls die Anwendbarkeit der fremden Kollisionsnorm als unbedingt nötig voraussetzt.

Darum möchte ich für den Fall des Konfliktes das Prinzip der Kompetenzerörterung weiter aufrecht erhalten und sagen:

„Wenn[1]) bei einem Tatbestande diejenige Beziehung zum Inlande, von welcher die Anwendbarkeit der deutschen internationalen Privatrechtsätze abhängig ist, nicht vorliegt, so ist für die Bestimmung des maßgebenden Rechtes das internationale Privatrecht desjenigen Gebietes zuständig, für welches diese Beziehung vorliegt."

In gewissem Sinne spielt freilich hierbei auch die Analogie eine Rolle, aber nicht in der Weise, daß man durch analoge Ausdehnung unserer Kollisionsnormen, z. B. unter allgemeiner Zugrundelegung des Staatsangehörigkeitsprinzipes ohne weiteres das fremde materielle Recht anwendet.

Der Analogieschluß geht vielmehr dahin, daß der deutsche Gesetzgeber, was er für sich in Anspruch nimmt, nach der zwischen allen Kulturstaaten bestehenden Interessengemeinschaft auch andere Staaten in entsprechender Weise zuzugestehen geneigt[2]) sein wird.

Indem z. B. der deutsche Gesetzgeber das für die Eheschließung der Inländer maßgebende Recht bestimmt, spricht er zugleich das hohe Prinzip aus, daß der Heimatstaat das maßgebende Recht zu bestimmen hat.

§ 7.

Hat bisher die eine Art von Kollisionsnormen, die Abgrenzung heimischen Rechts, dem Richter als Anhalt gedient, so soll in dem nächsten Abschnitt davon die Rede sein, wie der Richter die fragliche Kollisionsnorm in den Fällen zu finden hat, für welche er in der zweiten Art von Kollisionsnormen, den Verweisungen auf fremdes Recht, einen Ausgangspunkt hat.

Einige Vorschriften verweisen ausdrücklich und ohne besondere Voraussetzung auf fremdes Recht, so Art. 7 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1, Art. 21.

Vier andere Artikel jedoch nur unter der besonderen Voraussetzung, daß der Ausländer später die Reichsangehörigkeit erwirbt (Art. 15 und 24) oder im Inlande seinen Wohnsitz hat (Art. 25), oder bei der Eheschließung, daß der andere Verlobte ein Deutscher ist (Art. 13 Abs. 1).

---

[1]) Neumann, Handausgabe III, S. 8.

[2]) Enneccerus, Lhrb., S. 175.

Der Art. 11 Abs. 1 S. 2 verweist nur insofern auf fremdes Recht, als er erklärt, daß die Beobachtung der Formen des fremden Rechts auch genügen soll.

So erklärt z. B. Art. 7 Abs. 1: Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person angehört.

Wenn nun über die Geschäftsfähigkeit eines 22jährigen Dänen, der im deutschen Reiche seinen Wohnsitz hat, vor dem deutschen Richter zu entscheiden ist, so kommt für diesen Fall nach Art. 27 das deutsche Recht zur Anwendung, da die dänische Kollisionsnorm auf das Recht des jeweiligen Wohnsitzes verweist.

Hieraus folgt ohne weiteres, daß in den in Art. 27 genannten Fällen, in welchen das ausländische Recht auf deutsches Recht verweist, die ausländische Kollisionsnorm als kompetent anzuwenden ist.

Wenn aber das ausländische Recht auf fremdes Recht weiterverweist, oder wenn auf Grund anderer Artikel als der in Art. 27 genannten Fällen fremdes Recht für anwendbar erklärt wird, — z. B.[1]) in Art. 10, 11 Abs. 1 S. 1, Art. 17 Abs. 2 und 3 — so taucht die Frage auf, ob dann auch die fremde Kollisionsnorm zu beachten und anzuwenden ist.

Es ist dies die sehr umstrittene Frage nach der Rück- und Weiterverweisung.

Im Gesetz ist hierfür eine besondere Bestimmung nicht enthalten, auch durch Auslegung des Gesetzes und der zu Gebote stehenden Motive ein zureichendes Ergebnis nicht zu finden. Die Praxis hat sich früher noch vielfach für die Rückverweisung ausgesprochen, in letzter Zeit jedoch dagegen.[2])

Es ist somit für die obige Frage allein ausschlaggebend, ob das Prinzip der Rück- und Weiterverweisung wissenschaftlich gerechtfertigt ist oder nicht.

In dieser Frage sind die Meinungen geteilt.

Die einen[3]) verwerfen die Rück- und Weiterverweisung als prinzipwidrig.

---

[1]) Habicht, J. P. R., S. 212.

[2]) R. G. vom 24. April 1894 in Böhms Zeitschr. Bd. VI, S. 390.

[3]) Crome, Lhrb. Bd. I; Kahn in Iherings Jahrb. Bd. XXX S. 7—31, Bd. XXXVI S. 366—408; Niemeyer, J. P. R. S. 74, Vorschläge und Material S. 80 ff., Zur Methodik des J. P. R. S. 16; Niedner, Einführungsges. Art. 27 Erläut. 3; Jitta, Archiv für öffentl. Recht Bd. XIV; Planck, B. G. B. Bd. VI;

Auf der Gegnerseite[1]) wird das Rück- und Weiterverweisungsprinzip ebenso entschieden verteidigt.

Gegen das Prinzip der Rück- und Weiterverweisung wird angeführt:

1. Es sei zweckwidrig.[2])

Denn sein Zweck gehe dahin, den Widerstreit verschiedener Entscheidungen zu verhüten und eine solche Entscheidung herbeizuführen, wie sie auch der Auslandsrichter fällen würde.

Dieser Zweck — die Uniformität — werde jedoch nicht erreicht, weil der Auslandsrichter ganz in gleicher Weise zur Ausschließung des deutschen und zur Anwendung seines heimischen Rechtes gelangen würde.

2. Es sei logisch undurchführbar.

„Da Fassung und Tendenz" der Kollisionsnormen überall im Wesentlichen die gleichen seien, so müßte, wenn unser Recht das ausländische in seiner Totalität einschließlich der Kollisionsnormen für anwendbar erklärt, es doch wohl auch der Sinn jener ausländischen Normen sein, daß wieder unser Recht gleichfalls in seiner Totalität einschließlich der Normen zur Anwendung komme; also kraft ausländischen Rechts das unsere, kraft dieses wieder das ausländische, u. s. w. — „ein logisches Spiegelkabinett."

Die Unmöglichkeit dieses Zirkels zeigt sich nach Kahn in noch eklatanterer Weise, wenn die beiden Gesetzgebungen, „welche den Richter von Pontius zu Pilatus schicken", auch beide ausländisch sind.

Ein solches Weiterschicken von Pontius zu Pilatus ist nach ihm deshalb nicht zu umgehen, da, wenn die Rückverweisung berechtigt ist, aus demselben Grunde und mit

Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 215, Bd. V S. 36; Silberschmidt, Zeitschrift für J. P. R., Bd. VIII S. 101; Schnell, in Böhms Zeitschrift, Bd. V S. 343; Zitelmann, J. P. R., Bd. I S. 237 ff., S. 389.

[1]) Barazetti in Böhms Zeitschr. Bd. I S. 426, Bd. VIII S. 36; v. Bar, Theorie und Praxis des J. P. R., Lehrbuch des J. P. R.; Dernburg, Die allgem. Lehren des Bürgerlichen Rechts, Bd. I S. 96 ff.; Edelmann, in der Zeitschr. für J. P. R. und J. St. R. Bd. VIII S. 295 ff.; Enneccerus, Lhrb. des B. G. B. S. 177; Habicht, J. P. R. S. 34; Neumann, Handausgabe des B. G. B. Bd. III S. 9, J. P. R. S. 35; Mommsen, Civil-Archiv Bd. 61; Keidel, in der Zeitschrift für J. P. R. und St. R. Bd. VII S. 228.

[2]) Hahn, in Iherings Jahrb. Bd. XXX S. 22.

demselben Rechte auch die Weiterverweisung zulässig sein müßte.

3. Es widerstrebe der Natur der Gesetzesnorm über internationales Privatrecht.

Denn der Grundgedanke des Prinzipes, nämlich daß mit der Verweisung auf fremdes Recht Anwendung dessen in seiner Gesamtheit gemeint sei, sei falsch und zwar in zweifacher Beziehung:

a) Denn erstens unterstellen wir nie den ganzen Rechtsfall einem fremden Recht, sondern unterwerfen vielmehr seine spezialisiertesten Momente unter eventuell verschiedene Rechte,[1]) so z. B. für die Frage, ob ein Kind zur Klage formell legitimiert sei, die lex loci; für die Frage, ob es materiell legitimiert sei, sei das Personalstatut z. Zt. der Legitimation u. s. w. entscheidend.

b) Und zweitens wenden wir nie fremdes Recht in seiner Gesamtheit an; so wenden wir bei einem zur Entscheidung stehenden Civilfalle nicht fremdes Recht an, soweit es öffentlich-rechtlicher oder prozeßrechtlicher Natur ist.

Wesentlich anders sind die Gründe, welche Zitelmann gegen die Rück- und Weiterverweisung ins Feld führt — schon ein Beweis dafür, daß die Anführungen Kahn's ihm nicht zu genügen scheinen.

Zwar darin stimmt er mit Kahn überein, daß die Weiterverweisung und Rückverweisung dasselbe Schicksal haben müssen.

Es läßt sich kein Grund für eine verschiedene Behandlung finden, da Rück- und Weiterverweisung beide nur „Erscheinungsformen von ein und derselben Tatsache sind, nämlich daß das durch die Kollisionsnorm als maßgebend erklärte Recht seinerseits wieder ein anderes zur Herrschaft beruft."

Im übrigen gehen ihre Begründungen weit auseinander.

Keinen entscheidenden Grund, der gegen die Rückverweisung sprechen könnte, sieht Zitelmann in der angeblichen Unbrauchbarkeit des Resultats.

„Jede Auslegung muß — das ist ein bekannter Grundsatz — so geschehen, daß ein vernünftiges Resultat herauskommt."

---

[1]) Wächter, Arch. für Civil. Prax. Bd. XXV S. 364.

Nach Zitelmann ergeben sich, wenn das Verweisungsprinzip richtig ist, nur zwei Auffassungen des Gesetzeswillens:

1. „Entweder die lex fori sagt mit ihrer Kollisionsnorm: welches Recht maßgebend ist, soll die fremde Rechtsordnung bestimmen."

   Dann löst sie aber die Frage nicht direkt, sondern sie macht durch Verweisung die fremde Kollisionsnorm zu ihrer eigenen.

   Wenn nun aber dies fremde Recht eine Kollisionsnorm nicht enthält, so ist nicht etwa das fremde materielle Recht maßgebend, sondern der Richter steht vor einer neuen Lücke, die er nach freier Überzeugung ausfüllen darf.

2. Oder die lex fori sagt mit ihrer Kollisionsnorm: Dieses fremde Recht ist maßgebend, aber nur unter der Bedingung, daß es nicht selbst durch eine eigene Kollisionsnorm ein anderes Recht als maßgebend setzt.

   Enthält nun das „erstmaßgebend gesetzte Recht" keine Norm zu Gunsten eines andern Rechts, so hat der Richter jenes erste Recht anzuwenden, weil die Bedingung für seine Geltung erfüllt ist.

Von diesen beiden Auffassungen hält Zitelmann keine als im Sinne des Gesetzes entsprechend.

Der ersten Auffassung über den Gesetzeswillen, die möglich ist, stellt er die Behauptung entgegen, daß die Kollisionsnorm, welche fremdes Recht für maßgebend erklärt, damit im Zweifel immer nur das fremde materielle Recht meint und die internationalrechtliche Frage selbst entscheidet.

Den Beweis für seine Behauptung sieht er darin, daß die Norm „ja nur an Stelle der aus der völkerrechtlichen Grundlage fließenden allgemeinen Norm tritt; so wie diese sich nur auf das materielle Recht beziehen kann, so auch jene."

Daß damit der Beweis für seine Behauptung erbracht wäre, kann ich nicht zugeben.

Denn der Beweis wird hinfällig, da eine völkerrechtliche Grundlage, aus der die Norm fließen soll, nicht bewiesen ist und ohne weiteres nicht anzunehmen ist.

Damit bricht die ganze Beweisführung, die auf völkerrechtlicher Grundlage aufgebaut ist, in sich zusammen.

Was die zweite Auffassung anbelangt, so sieht er — ebenso wie das Reichsgericht — keinen genügenden Grund zu der An-

nahme, daß das fremde materielle Recht nur bedingungsweise für maßgebend erklärt ist, „nämlich für den Fall, daß der fremde Staat der Geltung seines Rechts nicht selbst engere Grenzen anweist."

Dieser Ansicht will ich mich vollkommen anschließen.

Man darf in unbedingt lautende Bestimmungen keine Bedingungen hineininterpretieren.

Das will ich auch nicht, sondern nur behaupten, daß die fremde Kollisionsnorm in dem fremden Rechte inbegriffen ist.

Die Ausführungen, in denen sich Kahn gegen das Verweisungsprinzip wendet, sind nicht auf so loser Grundlage gebaut, und es ist leichter, sich von seinen Gründen überzeugen zu lassen, als ihnen entgegenzutreten.

So scharfsinnig seine Ausführungen jedoch sind, so kann ich ihnen jedoch nicht beipflichten.

Ich will zwar zugeben, daß es der Zweck des Prinzipes ist, den Widerstreit verschiedener Entscheidungen zu verhüten und eine solche Entscheidung herbeizuführen, wie sie auch der Auslandsrichter fällen würde.

Aber würde denn wirklich der Auslandsrichter, für den der Wohnsitz als Personalstatut maßgebend ist, seine in Deutschland wohnenden Staatsangehörigen unter Ausschließung deutschen Rechts nach seinem eigenen Recht beurteilen?

Ich glaube, doch nicht!

Er wird vielmehr deutsches Recht auf sie anwenden.

Wenn das dänische Auslandsrecht sagt: für meine im Auslande wohnenden Staatsangehörigen ist das Recht des Wohnsitzes maßgebend, so heißt das doch nichts anderes als: ich habe keine Bestimmungen für meine im Auslande wohnenden Staatsangehörigen; sie haben dadurch, daß sie ihren Wohnsitz im Auslande begründet haben, nach Anschauung meines dänischen Rechtes die für das Privatrecht wichtigste Beziehung mit ihrem Heimatsstaate verloren; sie sind völlig in das Privatrecht des Wohnsitzstaates eingetreten und haben sich diesem völlig unterworfen.

Diese Auffassung, die der fremde Staat über seine eigenen Staatsangehörigen angenommen hat, sollte der deutsche Richter nicht anerkennen?

Also hat der dänische Richter wie auch der deutsche deutsches Privatrecht anzuwenden, und es bleibt darum der Zweck der Rückverweisung, die Uniformität der Entscheidung, völlig gewahrt.

2. Auch für logisch undurchführbar kann ich das Prinzip nicht halten, oder ein juristisches Spiegelkabinett oder gesetzgeberisches Fangballspiel in ihm sehen, wobei man sich von Pontius zu Pilatus schickt und sich gegenseitig hinauskomplimentiert, wie von gegnerischer Seite gesagt worden ist.

Wenn der Staat A die Erbfolge der in A wohnhaften Ausländer des Staates B von dem Gesetze des Heimatstaates B abhängig macht, der Heimatstaat B dagegen erklärt: für meine im Ausland wohnenden Staatsangehörigen ist bezüglich des Erbrechtes das Recht des Wohnsitzes maßgebend, so heißt das wiederum: ich habe keine Bestimmung über Erbrecht, das für meine Staatsangehörigen im Auslande gilt. Das Erbrecht, das ich habe, gilt nur für meine inländischen Staatsangehörigen; ich kann darum den Vortritt, den der Staat A meinem Rechte zuvorkommender Weise vor seinem eigenen Rechte eingeräumt hat, nicht annehmen.

Ich erkläre mein Recht in diesem Falle für weniger zuständig, als es das Recht des Staates A ist; urteile du A darum über meine Landsleute nach deinem Recht.

Der Artikel 27 ist also nicht aufzufassen als eine Ausnahmebestimmung dahingehend, daß hier in diesen Fällen ausnahmsweise das fremde Kollisionsrecht gelten soll, sondern als eine Offerte, die der Staat B gemacht hat.

Also bleibt es hinsichtlich der Erbfolge bei A's materiellem Recht.

Jetzt noch einmal die deutsche Zuständigkeitsnorm anzuwenden, wo man weiß, daß sie auf B verweist, der die Zuständigkeit nicht annimmt, das wäre unsinnig, und hierin steckt der Fehler, den Kahn übersieht, wenn er glaubt, man werde von dem Prinzip der Rückverweisung von Pontius zu Pilatus geschickt.

Ich habe mich bei diesen Ausführungen im wesentlichen der Ansicht von Bar's[1]) angeschlossen, jedoch mit folgender Abweichung:

von Bar faßt die Verweisung auf fremdes Recht dahin auf: daß das eigene Recht für völlig unzuständig und unanwendbar

[1]) von Bar in der Zeitschr. für J. P. R. und Str. R., Bd. VIII, S. 177 ff

erklärt wird; er nimmt darum an, daß bei Rückverweisung eine absolute Lücke vorhanden sei, „und so würde man nach einer auch sonst zur Anwendung kommenden Regel, nach welcher suppletorisch — aushilfsweise — der Richter sein eigenes Recht anwendet, zur Rückverweisung gelangen."

Ich möchte jedoch in dieser Hinsicht annehmen, daß dem fremden Recht nur der Vorrang[1]) vor dem eigenen eingeräumt wird.

Wenn auch bei der einfachen Rückverweisung das Ergebnis praktisch dasselbe ist, so ist der Unterschied doch dann von Belang, wenn das Recht A auf B, B auf C und C auf B zurückverweist.

Nach Auffassung von Bar's könnte in diesem Falle der Richter sein eigenes Recht zur Anwendung bringen, während es richtiger sein dürfte, hier das Recht von B anzuwenden, da C den Vorrang, den ihm B eingeräumt hat, nicht angenommen hat.

Der dritte Vorwurf, den Kahn dem Prinzip macht, ist der: „es widerstrebe der Natur der Gesetzesnorm über internationales Privatrecht", da es ausgehe von dem in zweifacher Beziehung falschen Grundgedanken, mit der Verweisung auf fremdes Recht sei gemeint Anwendung dessen in seiner Totalität, Entscheidung des ganzen Rechtsfalles so, wie wenn er vor den Gerichten jenes Staates abgeurteilt würde.

Ich will zugeben, daß dem Prinzip der Verweisung der Gedanke zu Grunde liegt, es soll bei uns Auslandsrecht in seiner Totalität angewendet und der Rechtsfall bei uns so entschieden werden, wie vor den Gerichten des Auslandes.

Aber dieser Grundgedanke ist doch gewiß cum grano salis aufzufassen.

Er besagt nicht, daß wir den ganzen Rechtsfall einem fremden Rechte unterstellen müßten und die Prozeßvoraussetzungen, die Aktivlegitimation u. s. w. nach einem und demselben Recht beurteilen müßten.

Er besagt ferner nicht, daß wir bei Anwendung fremden Rechts in seiner Totalität öffentliches Recht anwenden sollen, wenn ein Civilfall zu entscheiden ist, oder Prozeßrecht da anwenden müßten, wo es sich um eine Entscheidung nach materiellem Recht handelt.

---

[1]) Enneccerus, Lhrb. S. 177 Anmkg. 10.

Aus diesem Grunde würde ich die sonst sehr scharfsinnige Ausführung Kahn's nicht für stichhaltig ansehen.

§ 8.

Nachdem ich die Hauptansichten, die gegen das Verweisungsprinzip sind, widerlegt zu haben glaube, will ich die Gründe anführen, die für das Prinzip sprechen:

Hierbei ist vornehmlich zu berücksichtigen:

1. Die Kollisionsnormen eines Staates sind ebensogut Gesetz, wie seine materiellen Normen. Das ergibt schon der Wortlaut des Art. 2 E. G.: „Gesetz" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm, d. h. jede Rechtsnorm ohne Rücksicht auf ihre Herkunft und ohne Rücksicht auf ihren Inhalt.[1])

   Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß auch die Norm des internationalen Privatrechts Gesetz ist.

   Dem könnte man zwar entgegen halten, a) daß an zwei Stellen, wo der Gesetzgeber auch von ausländischen Kollisionsnormen redet, in deutlichem Gegensatz zu dem Ausdruck „Gesetz" der noch umfassendere Ausdruck Recht angewendet wird; so z. B. in Art. 25 Satz 2 und in Art. 27, wo es heißt: sind nach dem Rechte des Staates die deutschen Gesetze anzuwenden; und b) daß der Gebhard'sche Vorentwurf A im § 31 (jetzt Art. 27) die Kollisionsnormen des Staates mit „Rechtsgrundsätze", das materielle Gesetz mit „Recht" bezeichnet hat.

   Doch der Vorentwurf B des Referenten kennt diesen Unterschied nicht, indem er für beide Begriffe den Ausdruck Gesetz hat.

   Ebenso umfaßt in Art. 28 der Ausdruck „Gesetz" in der Wendung: „nach den Gesetzen des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden", auch die Kollisionsnormen.

   Diese Einwendung kann darum nicht stichhaltig sein, ebenso nicht die Einwendung: Wenn der deutsche Richter fremdes Recht in seiner Totalität zu berücksichtigen hat, und deutsches Recht da anzuwenden hat, wo jene Gesetze auf deutsches Recht verweisen, wozu wäre da noch die besondere Bestimmung des Art. 27 nötig, der doch nur

[1]) Habicht, J. P. R. S. 27.

das enthält, was sich aus Art. 7, 13, 15, 17, 25 von selbst ergibt?

Der Grund dürfte darin liegen, daß der Gesetzgeber es für angebracht gehalten hat, die Fälle der Rückverweisung auf deutsches Recht besonders hervorzuheben und die Annahme der Offerte des ausländischen Gesetzgebers ausdrücklich zu erklären, um dem Kreislauf eine Ende zu machen, da die deutsche Kollisionsnorm wieder auf fremdes Recht verweisen würde.

2. Daß die Kollisionsnormen in dem Ausdruck Gesetz mit inbegriffen sind, dafür spricht ferner auch ihr enger Zusammenhang mit dem materiellen Recht.

Die Kollisionsnormen sind nicht lediglich Völkerrecht oder ausschließlich öffentliches Recht; sie sind lediglich Zuständigkeitsnormen, d. h. Abgrenzungen heimischen Rechts und Verweisungen auf fremdes Recht, und sind mit dem Rechte, das sie abgrenzen, eng verbunden. Sie gehören zu dem Rechte, das sie begrenzen, wie der Rahmen zum Bilde;[1]) wo das Gesetz hingehört, gehört auch die Norm und bildet mit dem Gesetz ein geschlossenes Ganze.

Denn die Rechtssätze des Bürgerlichen Rechts sind in ihrer allgemeinen Fassung oft unrichtig;[2]) sie erhalten ihre Richtigkeit erst durch die sie beschränkende Norm.

So beschränkt z. B. Art. 15 Abs. 1 des E. G. den § 1363 B. G. B. auf folgenden Inhalt:

Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen, wenn dieser z. Zt. der Eheschließung Deutscher war.

Kahn selbst nennt die Kollisionsnormen Pertinenzen.

Es ist zwar richtig, wenn Niemeyer[3]) behauptet, daß das Rückverweisungsprinzip von Gebhard in den seinem Entwurf beigegebenen Motiven mit der Ausführung abgelehnt ist, daß das fremde Recht zu Grunde gelegt werde, nicht weil es maßgebend sein solle, sondern weil es von der inländischen Rechtsordnung für maßgebend erklärt sei;

[1]) Kahn in Ihering's Jahrb. Bd. XII., S. 54.

[2]) Enneccerus, Lhrb., S. 171 Anmkg. 1.

[3]) Niemeyer, J. P. R.; Kahn in Iherings Jahrb. Bd. XXXIX S. 369.

der Richter habe nicht darnach zu fragen, wieweit ein Gesetz angewandt sein wolle, sondern inwieweit dasselbe auf Grund seines eigenen Gesetzes anzuwenden sei.

Es ist auch richtig, daß in der zweiten Kommission Einverständnis dahin bestanden hat, daß bei Rückverweisung lediglich das materielle Recht Anwendung finden solle.

Aber unrichtig[1]) ist die Annahme, der Art. 27 sei mutatis mutandis die wortgetreue Wiedergabe des Gebhard'schen § 31.

Eine Gegenüberstellung der beiden Bestimmungen soll dies erkennen lassen.

Der § 31 des Gebhard'schen Entwurfes lautet: Die Vorschriften des § 7 Abs. 1, § 16 Abs. 1 kommen nicht in Betracht, wenn nach den Gesetzen des Staates, welchen der Ausländer angehört, nicht die Gesetze dieses Staats, sondern die deutschen Gesetze Anwendung zu finden haben.

In diesem Falle sind die deutschen Gesetze maßgebend.

Der Art. 27 E. G. lautet: Sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze in dem Art. 7 Abs. 1 für maßgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Anwendung.

Hieraus folgt:[2]) „Nach § 31 des Gebhard'schen Entwurfes soll die Anwendung deutschen Rechtes nicht im Wege der Rückverweisung durch das ausländische Gesetz erfolgen, vielmehr ist in sorgsamer Weise zum Ausdruck gebracht, daß die angeführte Vorschrift des Entwurfes nicht zur Anwendung kommt, wenn nach dem Gesetze des Staates, welchem der Ausländer angehört, nicht die Gesetze dieses Staates, sondern deutsche Gesetze Anwendung zu finden haben."

In diesem Falle sollen die deutschen Gesetze nicht auf Grund ausländischer Kollisionsnorm, sondern auf Grund des § 31 maßgebend sein.

Das Prinzip, daß fremde Normen nicht Anwendung finden sollen, ist hier also gewahrt.

Ganz anders ist die Fassung des Einführungsgesetzes.

---

[1]) Neumann in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 89.

[2]) Neumann in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 92.

Hier werden die Vorschriften der in Artikel 27 genannten Artikel nicht für unanwendbar erklärt, falls nach dem Rechte, auf welches sie hinweisen, das deutsche Recht als maßgebend erklärt ist; sondern die deutschen Kollisionsnormen sind anzuwenden. Also gleichzeitige Anwendung des fremden Rechts, insoweit es die deutschen Gesetze für maßgebend erklärt und des so für maßgebend erklärten deutschen Rechts.

Bei näherer Betrachtung des Art. 27 ergibt sich auch, daß diejenigen Vorschriften erwähnt sind, in welchen das Gesetz die Anwendung ausländischen Rechts besonders bestimmt[1]) hat, und daß diejenigen Vorschriften weggelassen sind, in denen die Anwendung ausländischen Rechts nicht vorgeschrieben ist, was besonders bei Art. 15 in die Erscheinung tritt, von dem nur Abs. 2, nicht auch Abs. 1 angeführt ist.

Die ganze Vorschrift beruht somit auf dem Umstande, daß einige Artikel das ausländische Recht angewendet wissen wollen.

Wenn man nun berücksichtigt, daß die Kollissionsnormen von dem Prinzip beherrscht sind, daß der Gesetzgeber sich darauf beschränkt habe, den Anwendungsbereich deutscher Gesetze festzustellen, so könnte man daraus den Schluß ziehen, daß das deutsche Recht da nicht angewandt sein wolle, wo es die Maßgeblichkeit ausländischen Rechts angeordnet hat.

Diesen Schluß will Art. 27 verhindern, indem er im Gegensatz zu § 31 des Gebhard'schen Entwurfes bestimmt, daß die ausländischen Kollisionsnormen sehr wohl zu berücksichtigen sind und in Gemäßheit dieser Normen das deutsche Recht anzuwenden ist.

Somit scheint die Bestimmung des Art. 27 sehr wohl berechtigt und in der Fassung, wie sie vorliegt, durchaus gerechtfertigt.

3. Schließlich sprechen für das Verweisungsprinzip auch die besseren Resultate:[2])

---

[1]) Neumann in Gruchots Beiträgen Bd. 46, S. 93; v. Bar in Böhms Zeitschr. VIII S. 188; Enneccerus Lhrb. S. 178.

[2]) Enneccerus, Lhrb. S. 176.

Der Staat A bestimmt für die Volljährigkeit ein Alter von 25 Jahren, läßt im übrigen aber bezüglich der Volljährigkeit das Recht des Wohnsitzes entscheiden.

Ein 22jähriger Angehöriger des Staates A wohnt im Staate B, der ebenfalls das Wohnsitzprinzip hat, und schließt hier allerhand Geschäfte ab.

Nach dem Rechte des Staates A sowie des Staates B sind diese Geschäfte gültig.

Prüft aber der deutsche Richter aus irgend einem Grunde ihre Gültigkeit, so müßte er, wenn er bei Verweisung nur das fremde materielle Recht versteht, den 22jährigen Contrahenten des Staates A für minderjährig und sämtliche Geschäfte auf Grund Art. 7 Abs. 1 für nichtig erklären.

Der Abs. 2 des Art. 7 kommt hier nicht in Betracht; denn er verhütet nur den Verlust der erworbenen Volljährigkeit.

Wendet man dagegen das fremde Recht in seiner Gesamtheit an, d. h. einschließlich der fremden Kollisionsnormen, so kann auch der deutsche Richter ebenso urteilen wie die Staaten A und B, und braucht sich mit ihnen nicht in Widerspruch zu setzen. Er kann, da er auf das Recht des Wohnsitzstaates verwiesen wird, den 22jährigen Contrahenten für volljährig erklären.

Damit ist die gewünschte Uniformität der Entscheidungen herbeigeführt und der Zweck der Kollisionsnormen erreicht.

Gegenüber diesen Gründen kann es nicht ins Gewicht fallen, daß die zweite Kommission der Ansicht war, unter Verweisungen seien nur die Verweisungen auf das fremde materielle Recht zu verstehen.

Nach Protokollen VI, S. 20 bestand nämlich Einverständnis darüber, „daß, wenn das inländische Recht auf die Anwendung fremden Rechts verweise, damit lediglich auf die materiellen Normen dieses Rechts verwiesen sein solle."

Doch im Gesetz selbst ist diese Auffassung durchaus nicht zum Ausdruck gebracht.

Auch der Reichstag hat davon in keiner Weise Kenntnis erhalten.

Wie sich der Bundesrat zu dieser Frage stellte, ist ungewiß. Der Bundesrat hat seine einschneidenden Veränderungen auch

durch keinerlei Begründung zu rechtfertigen gesucht, und über die Gründe seiner Entschlüsse ist nichts bekannt.

Jedoch bei seinem unzweifelhaften Streben, Eingriffe in die Rechtssphäre anderer Staaten tunlichst zu vermeiden, ist kaum anzunehmen, daß er unter Verweisungen bloß das fremde materielle Recht gemeint hat.

Da es also nicht erwiesen ist, daß die gesetzgebenden Faktoren bei Verweisungen das fremde materielle Recht allein angewandt wissen wollten, und da diese Auffassung auch im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist, so kann man hier den Protokollen und den Meinungen der Kommissionsmitglieder keinerlei einschneidende Bedeutung beilegen, wie sehr man auch sonst bei Gesetzesauslegung die Materialien beachten mag.

Aus den eben angeführten Gründen möchte ich dazu neigen, das Verweisungsprinzip als ein im Einführungsgesetz berechtigtes anzusehen.

Die Berechtigung dieses Prinzipes vorausgesetzt hat der deutsche Richter nicht bloß in den durch Art. 27 besonders hervorgehobenen Fällen die fremden Kollisionsnormen zu beachten, sondern auch in allen sonstigen Fällen, in denen auf fremdes Recht verwiesen wird.

Es sind dies insbesondere die Artikel 14, 18, 19, 20 und 22.

Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die fremde Kollisionsnorm auf deutsches Recht zurück- oder auf ein drittes Recht weiterverweist.

Selbst Zitelmann und Kahn, die großen Gegner dieses Prinzipes, geben dies zu.

Rück- und Weiterverweisung sind beide nur Erscheinungsformen von ein und derselben Tatsache, daß das durch die Kollisionsnorm als maßgebend bezeichnete Recht seinerseits wieder ein anderes zur Herrschaft beruft.[1])

Es kann nicht in Betracht kommen, daß der Artikel 27, der die Beachtung der Rückverweisung anordnet, über Weiterverweisung schweigt.

Denn dem Einführungsgesetz liegt das Prinzip zu Grunde, lediglich festzustellen, wann deutsches Recht zur Anwendung kommen soll.[2])

---

[1]) Zitelmann, J. P. R., Bd. I S. 237.

[2]) Enneccerus, Lhrb. S. 179 Anmkg. 13.

Aus dem Schweigen des Einführungsgesetzes über Weiterverweisung durch argumentum e contrario zu schließen, daß die Anwendung eines dritten fremden Rechts ausgeschlossen sein soll, ist also ganz unzulässig.

Welche geringe Bedeutung in dieser Hinsicht der zweiten Kommission und dem Gebhard'schen Entwurf, welche die Weiterverweisung ausschließen wollen, beizumessen ist, ist bereits erwähnt.

Wenn das fremde Recht den Richter auch bisweilen auf ein drittes und ferneres Recht weiterverweist, so kommt es bei diesen Verweisungen doch immer zu einem Ende, indem irgend ein Recht die Zuständigkeit annimmt, oder einer der früheren Rechtsordnungen die Entscheidung durch Rückverweisung überläßt.

Verweist nämlich das dritte oder ein späteres Recht auf deutsches Recht zurück, so ist das deutsche materielle Recht in analoger Anwendung des Art. 27 der Beurteilung zu Grunde zu legen.

Verweist das dritte oder ein späteres Gesetz auf ein bereits früher als maßgebend bezeichnetes Recht zurück, so ist auch dieses letzte Recht in analoger Ausdehnung des Art. 27 zur Anwendung zu bringen.

Auf Grund des Verweisungsprinzipes zerfallen zwar die in Deutschland wohnenden Ausländer in zwei Klassen, in solche, die nach ihrem Heimatsrecht beurteilt werden, und solche, die nach deutschem Recht zu beurteilen sind.

Hierin liegt vielleicht eine kleine Ungerechtigkeit.[1])

Die benachteiligten Ausländer dürfen jedoch den Vorwurf nicht dem Verweisungsprinzip machen, sondern vielmehr ihrem Heimatsstaate, der sich seiner rechtlichen Herrschaft über seine Angehörigen zu Gunsten eines anderen Staates entäußert hat.

Will man jedoch das Verweisungsprinzip nicht als berechtigt ansehen, so darf man konsequenter Weise die fremde Kollisionsnorm nur in den in Art. 27 besonders genannten Fällen berücksichtigen.

Der Art. 27 ist dann die Ausnahme von der Regel, daß in allen Fällen, wo der Richter auf fremdes Recht verwiesen wird, nur das fremde materielle Recht gemeint ist und daß von der Anwendung der fremden Norm nicht die Rede sein kann, selbst wenn sie auf deutsches Recht zurückverweist.

---

[1]) Niemeyer, J. P. R., S. 77.

Denn Ausnahmevorschriften sind nicht analog auszudehnen. Das sagt schon eine alte Regel mit den Worten exceptio stricte interpretanda, sowie die Lehre des Paulus in D. (1, 3) l 15: quod contra iuris rationem recepta est, non est producendum ad consequentias.

Darum kann ich mit Niemeyer und Barazetti durchaus nicht übereinstimmen, wenn sie von ihrem Standpunkt aus durch Analogieschluß die Rückverweisung auf das deutsche Recht in anderen als in den in Art. 27 genannten Fällen anwenden wollen mit der Begründung, es handele sich dabei darum, deutsches Recht möglichst zur Anwendung zu bringen.

§ 9.

Hat der Richter bei der Suche nach dem zuständigen Recht an einer bestehenden Kollisionsnorm keinen Ausgangspunkt d. h. findet er eine totale Lücke vor, so versagen auch die in dem vorigen Abschnitte angegebenen Gesichtspunkte, oder sie sind, wie man vielleicht vorsichtiger sagen muß, auf geringfügige und unsichere Anknüpfungspunkte beschränkt.[1])

Solche totale Lücken finden sich nicht bloß im Obligationen- und Sachenrecht, für welche Gebiete im Entwurf der zweiten Kommission in den §§ 2366—2369 einige Bestimmungen enthalten waren.

Auch in Rechtsgebieten, die das Familien- und Erbrecht angehen, fehlen vollständige Vorschriften für einzelne Rechtsverhältnisse, so z. B. für das Verlöbnis, für die Unterhaltspflicht der Verwandten, über Vormundschaft u. s. w.

Es fragt sich nun, ob für diese Materien, für welche das Einführungsgesetz keine Bestimmung enthält, etwa die Landesgesetze noch in Kraft geblieben sind.

Für diese Frage ist von erheblicher Bedeutung die Stellung, welche man dem internationalen Privatrecht in seinem Verhältnis zu andern Rechten beimessen will, d. h. ob man es für öffentliches Recht oder Privatrecht halten will, ob man es für einheimisches Recht oder für Völkerrecht ansieht.

Affolter[2]) sieht es als ius sui generis an, steht aber mit

---

[1]) Niemeyer, J. P. R., S. 49; Verhandlungen des 24. deutsch. Juristentages Bd. IV, S. 80—81.

[2]) Affolter, Intertemporales Privatrecht, S. 3.

seiner Ansicht ganz allein da, weshalb sich eine Erörterung seiner Lehre erübrigen dürfte.

Sind nämlich die Normen Privatrecht, so sind sie durch Art. 55 des Einführungsgesetzes außer Kraft gesetzt.

Gehören sie dagegen dem öffentlichen Rechte an, so fallen sie nicht unter diese Vorschrift des Art. 55 E. G. und bleiben bestehen.

Was die letzte Frage anlangt, d. h. die Stellung des internationalen Privatrechts zum einheimischen Recht, so ist die Wissenschaft in dieser Hinsicht in zwei Lager geteilt.

Auf der einen Seite stehen die Nationalisten,[1]) vertreten insbesondere von Böhm, Niemeyer, Kahn, Regelsberger, Gierke und Neumann.

Auf der andern Seite stehen als Internationalisten[2]) von Bar, Brinz, Bulmerincg und in gewissem Sinne Zitelmann, allerdings mit gewissen, sehr erheblichen Einschränkungen.

Wenn auch innerhalb der einzelnen Lager nicht vollständige Übereinstimmung herrscht, so ist doch der Standpunkt der Nationalisten im wesentlichen derselbe.

Das einheimische Recht ist kompetent zu bestimmen, wieweit die Geltung des eigenen Rechts reiche.

Aber auch fremdes Recht ist so gut Recht wie das einheimische. Und es ist geradezu ein Gebot der Gerechtigkeit, nicht bloße gegenseitige Gefälligkeit (comitas gentium), wenn sie die fremden Rechtsordnungen auf ein Verhältnis anwenden, das nur zufällig vor ihrem forum entschieden wird, im übrigen aber lediglich zu fremdem Herrschaftsgebiet in Beziehungen steht.

Darum wird kein Kulturstaat es unterlassen, durch einen Rechtssatz auch ausländisches Recht für gewisse Fälle vorzuschreiben.

---

[1]) Barazetti in Böhms Zeitschr. Bd. X S. 10; Kahn in Iherings Jahrb. Bd. XXX S. 1—143; Niemeyer, Zur Methodik des J. P. R. S. 5; Wächter, Civ.-Archiv Bd. XXV; Mommsen, Civ.-Archiv Bd. 61 S. 150; Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 29; Wach, Civilprozeß Bd. I, S. 219, 222; Bohlau, Mecklenb. L. R. Bd. I, S. 420; Stabel, Vorträge über franz. Civilrecht S. 65; Fabrès Journal de droit, XIV S. 132.

[2]) v. Bar, Theorie und Praxis, Bd. I S. 5 und 106; Schnell in Böhms Zeitschr. Bd. V S. 337; v. Bar in Böhm's Zeitschr. Bd. VIII, S. 178; Keidel in Böhm's Zeitschr. Bd. VII, S. 228; Brinz, Pandekten Bd. I § 23; Zitelmann, J. P. R.; Markusen in Böhm's Zeitschr. Bd. X, S. 259; Kahn in Ihering's Jahrb. Bd. XXX S. 18.

Das fremde Recht gilt dann kraft einheimischen Rechtssatzes. Die Rechtssätze, welche in ihrer Gesamtheit das internationale Privatrecht ergeben, gehören daher immer dem einheimischen Rechte an, mögen sie die Geltung des einheimischen oder des fremden Rechts vorschreiben.

Diese Ansicht verkennt zwar nicht, daß bei Aufstellung und Ermittelung des anzuwendenden Rechts völkerrechtliche Gesichtspunkte mitwirken und daß das Völkerrecht den Inhalt des internationalen Privatrechts insofern bestimmt, als die einzelnen Staaten durch Völkerrecht gebunden sind, gewisse spezielle Normen bei der Grenzziehung zwischen einheimischem und fremden Recht zu befolgen.

Das Entscheidende für das Wesen[1]) des internationalen Privatrechts ist nach ihnen nicht der Umstand, daß sein Inhalt in den Hauptzügen durch die Übereinstimmung der Kulturstaaten gebildet ist, sondern lediglich die Tatsache, daß es von der Staatsgewalt als Gesetz verkündet wird.

Von diesem exklusiv nationalen Standpunkte, welcher für das gesamte internationale Privatrecht lediglich das einheimische Recht als Quelle gelten lassen will, weicht Kahn[2]) insofern ab, als er den Internationalisten bedeutsame Zugeständnisse macht.

1. Einmal erklärt er entgegen seiner früheren Darstellung (Iherings Jahrb. XXX Gesetzeskollision), daß das internationale Privatrecht sich ausschließlich aus der Betrachtung der inländischen materiellen Norm nicht herleiten lasse.

   Denn da viele Rechtsinstitute dem eigenen Rechte völlig fremd sind, so müsse die eigene Rechtsordnung für diese neue Normen schaffen, wobei die materielle Rechtsvergleichung gute Dienste leisten werde.
2. Ferner gibt Kahn die wirkliche Existenz eines völkerrechtlichen internationalen Privatrechts zu, das nach ihm aus einigen wenigen Sätzen besteht, aus denen sich einige weitere Sätze ergeben, nie aber ein ganzes System ergeben wird, wie Zitelmann annimmt.

Nach Neumann[3]) gehört zwar das internationale Privatrecht zum einheimischen Recht; aber der Gesetzgeber wird berücksichtigen,

---

[1]) Regelsberger, Pandekten Bd. I § 40 S. 164; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I § 25 S. 213; Dernburg, Pandekten, VI. Auflage § 45 S. 98.

[2]) Kahn in Ihering's Jahrb. XIL, in Böhm's Zeitschr. X, S. 97.

[3]) Neumann, J. P. R. 1896, S. 21.

daß die einzelnen Staaten in einer großen Völkergemeinschaft gleichberechtigt nebeneinander stehen, und wird die Normen so aufstellen, wie sie den Bedürfnissen des Verkehrs oder der Natur der Sache entsprechen.

Indem der Gesetzgeber sich dieses Prinzip zu eigen macht, stempelt er die Natur der Sache, d. h. den obersten Grundsatz der Internationalisten, zu einem Bestandteil des positiven Rechts und führt somit eine Vereinigung der beiden sich widersprechenden Schulen der Internationalisten und Nationalisten herbei.

Zitelmann,[1]) dessen Lehre im folgenden kurz widergegeben ist, ist insofern Nationalist, als er als prinzipielle Quelle des internationalen Privatrechts das einheimische Recht gelten lassen will, insofern aber Internationalist, als nach ihm die subsidiären Normen des internationalen Privatrechts aus dem Völkerrecht herzuleiten sind.

Nach Zitelmann ist nämlich das internationale Privatrecht in erster Linie innerstaatliches Recht.[2]) Die Rechtssätze dieses positiven Rechts sind die gesetzlich festgelegten Kollisionsnormen.

Da jedoch der positive Bestand dieser Kollisionsnormen ein sehr geringer ist, so ist für die Ausfüllung von Lücken ein weites Feld der Arbeit gegeben. Aus dem vorhandenen Material jedoch läßt sich mit Rücksicht auf den geringen Bestand der positiven Normen, die dazu noch oft willkürlich sind und sich in ihrem Prinzip auch häufig widersprechen, ein leitender Grundsatz kaum noch herausschälen.

Daher muß das Prinzip, aus welchem jenes subsidiäre Recht zu entwickeln ist, nach Zitelmanns Lehre auf einem andern Wege gefunden werden. Brauchbar würde ein solches Prinzip nach seiner Ansicht nur dann sein, wenn es in einem allgemein anerkannten Rechtssatz bestünde, d. h. allgemein anerkannt wäre. Daraus ergibt sich nach ihm, daß das subsidiäre internationale Privatrecht ein völkerrechtliches oder überstaatliches sein müßte.[3])

Damit ist Zitelmann in gewissem Sinne Anhänger der internationalistischen Theorie.[4])

---

[1]) Zitelmann, J. P. R.

[2]) Zitelmann, J. P. R. Bd. I S. 2.

[3]) Zitelmann, J. P. R. Bd. I S. 25.

[4]) v. Bar, Theorie und Praxis Bd. I S. 5 und 106; Schnell in Böhms Zeitschr. Bd. V S. 337; v. Bar in Böhms Zeitschr. Bd. VIII S. 178, 179; Keidel in Böhms Zeitschr. Bd. VII S. 228; Brinz, Pandekten Bd. I § 23; Zitelmann, J. P. R.; Markusen in Böhms Zeitschr. Bd. X S. 259; Kahn in Iherings Jahrb. Bd. XII. S. 18;

Diese geht davon aus, daß das Völkerrecht der internationalen Rechtsordnung gewisse Schranken setzt, welche der einzelne Gesetzgeber bei der Feststellung seiner Normen nicht überschreiten darf; sonst würde er sich in Widerspruch setzen mit dem Grundsatze, daß die einzelnen Staaten als gleichberechtigte Glieder einer großen Völkergemeinschaft einander gegenüber stehen und die fremde Souveränität zu beachten haben.

Denn es gibt nur einen Staat, welchem nach den richtigen Grundsätzen die materielle Entscheidung in jedem einzelnen Falle zukommt.

Dieser Staat wird durch das Völkerrecht bestimmt, welches lediglich nach der „Natur der Sache" seine Normen aufstellt, d. h. nach den Anforderungen, wie sie ein geordneter Verkehr zivilisierter Völker erfordert.

Aus der Natur der Sache ergibt sich für das Völkerrecht mit zwingender Kraft das richtige internationale Privatrecht in allen Einzelheiten, ergibt sich ein vollständiger lückenloser Kodex, ein lückenloses und erschöpfendes System von Kollisionsnormen, das nur erkannt und entwickelt zu werden braucht.

Die Normen, welche der einzelne Staat für seine Gerichte aufstellt, sind nur ein positiver Ausdruck für das, was er aus der Natur der Sache folgert, und ändern durch den Akt der Fixierung ihren völkerrechtlichen Charakter nicht, sondern bleiben fernerhin Völkerrechtsnormen.

Staatliche Gesetze, welche diesen aus dem völkerrechtlichen Prinzip abgeleiteten Normen nicht entsprechen, binden zwar den Richter, sind aber völkerrechtswidrig.

Die Schwäche dieser internationalistischen Theorie, die übrigens in dieser Schärfe je kaum bestanden hat, liegt in der Grundlage, auf der sie sich aufbaut.

1. Daß die Kollisionsnormen einen völkerrechtlichen Charakter haben, ist keineswegs erwiesen.

   Nie hat die internationalistische Schule einen Beweis versucht, geschweige denn geführt. Ihre Theoretiker leugnen überhaupt die bloße Möglichkeit eines solchen Nachweises.

Becker, Über die Coupon-Prozesse § 8 S. 56; Demangeat, Journal de droit Bd. I, S. 87; Brocker, Journal de droit Bd. V, S. 265; Picard, Journal de droit Bd. VIII, S. 462.

So sieht selbst Zitelmann[1]) auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts noch keine Sätze, die als völkerrechtlich verbindlich allgemein anerkannt werden.

Denn aus dem Verhalten der Völker und Gesetzgeber ergibt sich sehr oft das Gegenteil, nämlich daß die verschiedenen Staaten ihren Kollisionsnormen verschiedene Anknüpfungspunkte zu Grunde legen.

So beurteilt die deutsche und romanische Theorie und unsere moderne Gesetzgebung die Geschäftsfähigkeit nach Heimatsrecht, Engländer, Skandinavier u. a. halten am Wohnsitz fest; Nordamerika sieht im wesentlichen auf die lex loci actus.

Aber kein Staat wird darum dem anderen eine Verletzung des Völkerrechts vorwerfen, kein Staat wird darum internationale Gewissensbisse empfinden.

Das angebliche Völkerrecht der internationalen Schule ist also ein Völkerrecht, das nie und nirgends geübt oder anerkannt, das immer und überall mißachtet und übertreten worden ist und das alledem zum Trotz doch bestehen muß, weil es den Theoretikern nach allgemeinen Grundsätzen als das Richtige, als das Naturnotwendige erscheint, über dessen Inhalt aber im einzelnen die Ansichten weit auseinander gehen.[2])

Wenn sich auch das Vorhandensein gewisser allgemeiner Grundsätze des internationalen Privatrechts, die jedoch nur in Gestalt allgemeinster Anforderungen auftreten, nicht leugnen läßt, so läßt sich doch daraus ein ganzes System für das internationale Privatrecht nicht herleiten.

Das würde heißen: die Natur der Sache zur Rechtsquelle stempeln und somit auf einen überwundenen Standpunkt zurückkehren.

Denn wie vorsichtig auch dieser Begriff „Natur der Sache“ gefaßt sein mag, so hält doch unter der Flagge der Natur der Sache ein Stück Naturrecht seinen Einzug.[3])

2. Dazu kommt noch eins: Gesetzt, es gäbe in der Tat ein

[1]) Zitelmann, J. P. R. Bd. I S. 72.

[2]) Kahn, a. a. O. S. 26.

[3]) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 182

internationales Völkerrecht, so richtet sich dieses doch einzig und allein an die Staaten selbst.

Subjekt des Völkerrechts können nur Staaten sein.

Der innerstaatliche Imperativ, der an die Privatpersonen geht, ist darum kein Völkerrecht, sondern bleibt immer staatliches Recht, mag er auch seinen Inhalt dem Völkerrecht entnehmen.

Da einerseits mit der exklusiv nationalistischen Theorie, wie Kahn selbst zugestanden hat, nicht auszukommen ist, andrerseits aber auch die internationalistische Strömung ihre Schwächen hat, so wird, wie oft bei geteilten Ansichten, das Richtige in der Mitte liegen.

Man wird darum sagen müssen: Das internationale Privatrecht ist grundsätzlich einheimisches Recht.

Denn daß staatliches Kollisionsrecht besteht und heutzutage von überwiegender Bedeutung ist, stellt kein Internationalist mehr in Abrede[1]) und bedarf somit keines weiteren Beweises.

Ausnahmsweise jedoch finden sich einige wenige gemeinsame Grundzüge, die von den modernen Staaten beachtet werden und völkerrechtliche Anerkennung gefunden haben.

Sie lassen sich zwar nicht zu einem vollkommenen lückenlosen Kodex ausbauen, aber in beschränktem Maße erweitern.

Als solche völkerrechtlichen Grundsätze können gelten:[2])

1. Jeder Staat hat völkerrechtlich die Pflicht, auch fremdes Recht anzuerkennen.
2. Jeder Staat muß ein internationales Privatrecht haben.
3. Für Immobilien gilt die lex rei sitae.
4. Den Rechtsregeln des einheimischen Personen-, Familien- und Erbrechts sind regelmäßig Ausländer nicht unterworfen, die sich nur vorübergehend im Inlande aufhalten.
5. Die Rechtssätze eines Staates über den Erwerb eines Rechts dürfen nicht angewandt werden, um den Erwerb eines Rechts für unwirksam zu erklären, der sich außerhalb des Staates ohne irgend welche Beziehung auf dessen Territorium oder dessen Recht vollzogen hat.

[1]) Enneccerus, Lhrb. S. 176.

[2]) v. Bar, Theorie und Praxis Bd. I S. 333, Lhrb. des J. P. R. S. 101; Kahn, Iherings Jahrb. XII. S. 91; Enneccerus, Lhrb. S. 170; Markusen in Böhms Zeitschr. S. 259.

In diesen gemeinsamen Grundzügen stimmen Kahn und von Bar, die Vertreter der beiden Schulen, im wesentlichen überein.

Wenn von Bar die lex rei sitae grundsätzlich auf Mobilien ausdehnt und zu den 4 Sätzen von Kahn noch den obenstehenden Satz 5 hinzufügt, so ist diese Abweichung nur eine scheinbare, und zwar darum, weil Kahn nicht den Anspruch erhebt, daß seine 4 Regeln ausschließlich die völkerrechtlichen Grundsätze ausmachen.

Einen Beweis dafür, daß solche Sätze in Gestalt von Völkerrechtssätzen auftreten, sehe ich in dem Umstande, daß gewisse gemeinsame Grundzüge des internationalen Privatrechts für Staaten, die gleichberechtigt nebeneinander stehen, geradezu unentbehrlich sind.

Die Staaten bilden nämlich infolge ihres engen wirtschaftlichen und geistigen Verkehrs, der Gemeinschaft ihrer Bildungselemente und der Übereinstimmung der sittlichen und religiösen Überzeugung in vielen Beziehungen eine Interessen- und Lebensgemeinschaft.[1])

Die gegenseitige Anerkennung[2]) der fremden Souveränität führt überall dazu, fremde Gesetze zu achten und anzuerkennen und sie anzuwenden auf solche Fälle, die nur mit dem Auslande in Beziehung stehen; sie führt dazu, eine Norm aufzustellen, nach welcher der Richter zur Anwendung fremden Rechts angewiesen wird, und sie fordert endlich von den Staaten, in wohlerworbene Rechte nicht einzugreifen und sie auch nicht für ungültig zu erklären nach einheimischem Gesetz.

Diese infolge der Gleichberechtigung aller Staaten entstandenen gemeinsamen Grundzüge des internationalen Privatrechts, die im Augenblick ihrer Entstehung vielleicht nur ein allgemeines Recht ausmachten, sind jetzt durch Übung und Anerkennung zum Völkerrecht geworden. Sie bilden „nicht den Anfang, sondern den Schlußstein“[3]) einer langen Entwickelung.

Sie bilden völkerrechtliches Gewohnheitsrecht, aber nicht nur im Sinne Kahn's, d. h. einer von niemandem bezweifelten

[1]) Savigny, System des heutigen röm. Privatrechts Bd. VIII; Enneccerus, Lhrb. S. 176.

[2]) v. Bar, Theorie und Praxis Bd. I S. 5 und 106.

[3]) Kahn in Ihering's Jahrb. XL.

Gewohnheit, sondern ein Recht, bei welchem einzelne Präzedenzfälle von einiger Bedeutung sind.[1])

2. Förderlich für die Entstehung allgemeiner völkerrechtlicher Grundzüge war auch die geschichtliche Entwickelung des internationalen Privatrechts.

   Die Glossatorenschule zu Bologna, welche für die Jurisprudenz der Hauptkulturländer des europäischen Kontinents gewisse gemeinsame Grundsätze und Grundbegriffe hervorgebracht hat, ist auch auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts nicht ohne Einfluß gewesen.

   Die Kollisionslehre des Bartolus und der Postglossatoren überhaupt hat sich bei uns bis in das 19. Jahrhundert ganz allgemein behauptet, obwohl sie dem intensiven Verkehr der Völker längst nicht mehr genügte. Die Rechte der Kulturnationen, welche auf den Wurzeln des römischen und germanischen Rechts beruhen, haben auch ihre Kollisionslehre mit übernommen.[2])

3. Ferner ist die internationale Wissenschaft,[3]) deren Vorhandensein im internationalen Privatrecht von Kahn als eine Notwendigkeit hingestellt wird, für die Entwickelung völkerrechtlicher Grundsätze bereits, wie man annehmen darf, von einigem Einfluß gewesen, eine Wissenschaft, deren Einheit begründet ist nicht auf durchgängiger Gleichheit der Resultate, wohl aber in einer durchgängigen Gleichheit der Methode.[4])

Da also das internationale Privatrecht, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, seinen Ursprung im heimischen Rechte hat, so bleibt noch die Frage, welche Stellung die heimischen Rechtssätze des internationalen Privatrechts in ihrem Verhältnis zum heimischen Rechte einnehmen, d. h. ob sie Privatrecht oder öffentlich rechtlicher Natur sind.

Die Ansicht, welche das internationale Privatrecht für öffentliches Recht hält,[5]) führt folgende Gründe ins Feld:

---

[1]) v. Bar im Archiv für öfftl. Recht Bd. XV S. 39.

[2]) Enneccerus, Lhrb. S. 186.

[3]) v. Bar, Archiv für öffentl. Recht Bd. XV S. 44.

[4]) v. Bar, Archiv für öffentl. Recht S. 44; Kahn, Bedeutung der Rechtsvergleichung in Böhm's Zeitschr. Bd. VIII S. 97.

[5]) Zitelmann, J. P. R. Bd. I S. 290 ff.; Niedner, Einführungsges.; Crome, Lhrb. Bd. I S. 131 Anmkg. 6; v. Bar in Böhm's Zeitschr. Bd. VIII S. 178; Schmidt,

1. Mag auch in einzelnen Fällen die Feststellung, ob ein Rechtssatz Anwendungsnorm oder materielle Norm ist, mit Schwierigkeiten verbunden sein, so ist Anwendungsnorm und materielle Norm dennoch etwas ganz verschiedenes: Die erstere grenzt die Herrschaft der einzelnen materiellen Rechtsordnungen ab, setzt also das Dasein der materiellen Norm voraus und kann darum ebensowenig materielles Recht sein, wie man sich an seinen eigenen Haaren aus dem Wasser ziehen kann.[1])

   Ist die Norm aber nicht materielles Privatrecht, so ist sie überhaupt nicht Norm des Privatrechts. Denn ein anderes als materielles Privatrecht gibt es nicht.

   Daraus folgt: „Da sie nicht Völkerrecht und nicht Privatrecht ist, so kann sie nur innerstaatliches öffentliches Recht sein."

2. Einen weiteren Beweis für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Norm entnimmt Zitelmann ihrem Inhalt.

   Die Anwendungsnormen enthalten nach ihm immer, mögen sie lauten, wie sie wollen, „einen Anwendungsbefehl an den Richter", welcher von der Staatsgewalt ausgeht und den Richter bindet. Wer eine Rechtsordnung für anwendbar erklärt, spricht damit dem Staate, der Subjekt der Rechtsordnung ist, Gewalt über jene Personen und jenes Gebiet zu.

   Jede Anwendungsnorm ist mithin . . . ihrem Grundinhalt nach eine Erklärung des Staates über die Grenzen der Gesetgebungsgewalt in privatrechtlichen Dingen. Sie ist mithin eine Erklärung über den völkerrechtlichen Bereich von Gesetzgebungsherrschaft, den dieser Staat sich oder anderen Staaten zuerkennt.

   Einen analogen Satz zu diesen Normen sieht Zitelmann in Art. 1 der Reichsverfassung: „Das Bundesgebiet besteht aus . . ."

   Gerichtet ist diese Erklärung, durch die das Deutsche Reich sein Gebiet festlegt, nicht an die auswärtigen Staaten, sondern es ist eine Erklärung, die das neue Staatswesen über sich zu sich selbst macht."

---

die Herrsch. der Gesetze (Einleit. S. 2 ff.); Goppert in Iherings Jahrb. XXII S. 38; Pfaff-Hoffmann, Exkurse über östr. Recht, Bd. I S. 123 ff.

[1]) Zitelmann, J. P. R. S. 290.

So sind die Normen, durch welche ein Staat den Herrschaftsbereich der Rechtsordnungen unter einander abgrenzt, Sätze des öffentlichen Rechts; sie sind Erklärungen, durch welche der Staat in einer sich selbst bindenden Weise seine völkerrechtliche Auffassung über die Gesetzgebungsgewalt der fremden Staaten zu einander Ausdruck gibt.

Dieser Ansicht Zitelmann's möchte ich entgegentreten mit folgender Begründung:

1. Ganz gewiß ist das einheimische internationale Privatrecht kein materielles Recht und auch kein Völkerrecht.

   Jedoch daraus ergibt sich noch nicht sein öffentlich-rechtlicher Charakter.[1]) Kollisionsnormen gibt es für jede Rechtsmaterie, für das Privatrecht sowohl wie für das Strafrecht, Staatsrecht und Prozeßrecht.

   Die staatsrechtlichen Kollisionsnormen z. B. sind ebensowenig materielles Staatsrecht, wie die privatrechtlichen nicht Privatrecht sind.

   Wollte man hieraus ebenso schließen wie oben, so müßte man sie für Privatrecht erklären.

   Wie unrichtig also diese Folgerung Zitelmann's ist, liegt auf der Hand und bedarf keines weiteren Beweises.

2. Die Auffassung ferner, welche den öffentlich-rechtlichen Charakter der Kollisionsnormen aus ihrem Inhalt folgert, verkennt m. Er. das Wesen der Kollisionsnormen in erheblichem Maße.

   Es sind nicht Anwendungsbefehle, d. h. Dienstanweisungen an die Richter, sondern es sind Bestimmungen schlechthin ohne Richtung an eine bestimmte beschränkte Berufs- oder Beamtenklasse.

   Die Norm, welche das Recht eines Staates für anwendbar erklärt, gibt damit dem Staate nicht Gewalt über „solche Personen und solches Gebiet", indem sie gleichsam von einem Throne aus durch einen „staatsrechtlichen Konstitutionsakt" die Grenzen der Gesetzgebungsgewalt diktiert.

   Ihr Zweck ist ein anderer: die große Menge, d. h. alle, die mit Angehörigen einer fremden Rechtsordnung in Beziehung treten, sollen Aufklärung darüber erhalten,

[1]) Kahn, Iherings Jahrb. XL S. 53.

nach welcher Rechtsordnung dieses oder jenes Rechtsverhältnis zu beurteilen ist.

Die Fälle, in denen es die streitenden Parteien zu einer gerichtlichen Entscheidung kommen lassen, sind ja äußerst selten.

Wenn aber einmal ein solcher Fall vor Gericht gelangt, so hat auch der Richter bei seiner Entscheidung die Kollisionsnorm zu beachten, aber nicht als einen von der Staatsgewalt ausgehenden und an ihn gerichteten Befehl, sondern als eine formelle Aufklärung darüber, welche Verhältnisse die eigene Rechtsordnung überspannt und welche die fremde.

Die Normen sind also Zuständigkeitsbestimmungen oder Zuständigkeitsaufklärungen der verschiedenen Rechtsordnungen, oder mit anderen Worten: Abgrenzungen heimischen Rechts und Verweisungen auf fremdes.

Sie verhalten sich zum materiellen Recht wie der Rahmen zum Bilde. Wenn der Rahmen auch nicht selbst ein Gemälde ist, so gehört er doch zu dem Bilde.

So auch die Norm.

1. Soweit sie materielles Privatrecht abgrenzt, so gehört sie doch zum Privatrecht, obgleich sie selbst nicht materielles Recht ist. Sie gehört zu ihm als Pertinenz, als formelles Privatrecht, das mit dem materiellen Privatrecht in innigstem Zusammenhange steht.[1])
2. Für die privatrechtliche Natur der Normen sprechen noch folgende Gründe:

   Frühere Kodifikationen haben diese Normen in ihre Privatrechtsordnung aufgenommen, so das Allgemeine Landrecht von 1794, der code civile von 1804 und das sächsische Gesetzbuch und haben ihnen damit die Eigenschaft privatrechtlicher Vorschriften gegeben.
3. Auch die Entstehungsgeschichte der Art. 7—31 deutet einen privatrechtlichen Charakter der Kollisionsnormen an.

   Die erste Kommission ging, wie sich aus den Protokollen I S. 11473 ergibt, davon aus, daß die Normen zum Privatrecht gehören.

[1]) Kahn in Iherings Jahrb. XL S. 54.

Die zweite Kommission wollte sie als 6. Buch in das Bürgerliche Gesetzbuch aufnehmen (vgl. Prot. Bd. I S. 2). Die internationalen Privatrechtsätze seien ein integrierender Bestandteil des bürgerlichen Rechts, worin das internationale Privatrecht seine Grundlage habe und aus dessen Wesen und Natur es sich ergebe.

Wenn sich der Bundesrat auch gegen die Aufnahme der Normen ins Bürgerliche Gesetzbuch ausgesprochen hat, so ist nicht erwiesen und wenig wahrscheinlich, daß er dabei eine andere Auffassung von der rechtlichen Natur[1]) der Normen gehabt hat und durch die Umstellung der Normen in das Einführungsgesetz diese seine Auffassung zum Ausdruck bringen wollte.[2])

Würde man die Normen als öffentliches Recht ansehen, so würde die Reichsgesetzgebung bei der gesetzlichen Regelung der Normen ihre Zuständigkeit überschritten haben.

Artikel 4 der Reichsverfassung, welcher die der Reichsgesetzgebung unterliegenden Materien aufzählt, nennt darunter das öffentliche Recht nicht.

Gleichwohl würde die Normengesetzgebung, da sie unter Zustimmung der gesetzgebenden Faktoren erfolgt ist, gültig zustande gekommen sein.

Aber in den Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren und den Vorarbeiten deutet nichts darauf hin, daß eine Überschreitung der verfassungsmäßigen Zuständigkeit beabsichtigt war. Es ist vielmehr anzunehmen, daß Bundesrat und Reichstag die Kollisionsnormen nicht für öffentlichrechtliche Vorschriften gehalten haben.[3])

4. Dazu kommen noch praktische Gründe. Gesetzt, das Kollisionsrecht wäre öffentliches Recht, so würden, wie oben schon angedeutet, die internationalen Vorschriften der Landesgesetze nicht unter Art. 55 E. G. fallen und darum durch Art. 55 E. G. nicht in complexu aufgehoben werden, ebenso auch nicht die aus ihnen durch Wissenschaft und Praxis abgeleiteten Sätze.

---

[1]) Habicht, J. P. R. S. 30.

[2]) Niedner, Einfuhrungsges. S. 30.

[3]) Planck, B. G. B. Bd. VI S. 26.

Sie würden nur insoweit außer Kraft getreten sein, als in Art. 7—31 neue Normen aufgestellt sind, die als neues Gesetz dem alten vorgehen.

Demnach wäre im internationalen Privatrecht auch außerhalb der den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien keine Rechtseinheit für das Reich geschaffen, sondern man müßte in den verschiedenen Staaten, ja selbst in deren einzelnen Gebietsteilen die in ihnen geltenden von einander abweichenden Kollisionsnormen subsidiär anwenden.[1])

Dazu kommt noch:

Durch das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch Art. 89 Abs. 1 sind in Preußen die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, Einleitung §§ 22—45 über die Kollision der privatrechtlichen Gesetze durch die Art. 7—31 ersetzt und wurden als vollständig aufgehoben erklärt ohne Rücksicht auf die Vorbehaltungsgebiete.

Ebenso ist in einzelnen deutschen Landesteilen des französischen Rechts[2]) der code civile durch die Ausführungsgesetze außer Kraft gesetzt und damit auch das bisherige internationale Privatrecht beseitigt, ohne daß von den einzelnen Landesgesetzen neue Kollisionsnormen erlassen sind.

In diesen Gebietsteilen könnte auch nicht einmal eine landesgesetzliche Norm subsidiär zur Anwendung kommen; es müßte sich erst wieder ein partikuläres Gewohnheitsrecht bilden.

Solche Ergebnisse sind praktisch unhaltbar[3])

Diese überwiegenden Gründe dürften die Annahme rechtfertigen, daß das internationale Privatrecht, wenn auch nicht international, so doch wenigstens Privatrecht ist.

Es wäre auch höchst seltsam, wenn unser internationales Privatrecht weder international noch Privatrecht wäre.[4]).

Somit ist die Frage gelöst, welche zur Untersuchung des Wesens des internationalen Privatrechts geführt hat.

[1]) Habicht, J. P. R. S. 30 und 41.

[2]) So in Preußen A. G. zum B. G. B. Art. 89 Nr. 2, Bayern Art. 175 Abs. 2, Hessen Art. 286 Nr. 12, Baden Art. 39, Birkenfeld § 90 Nr. 1, Elsaß-Lothringen Ges. betr. die Aufhebung von Landesgesetzen vom 29. November 1899 § 1 Ziff. 1.

[3]) Habicht, J. P. R. S. 30.

[4]) Kahn in Iherings Jahrb. Bd. LX.

Und es ergibt sich:

Die landesrechtlichen Kollisionsnormen über Privatrechtsverhältnisse fallen, da sie Privatrecht sind, unter Art. 55 des Einführungsgesetzes und sind somit, mögen sie auf Gesetz, Verfügung oder Verordnung beruhen, in dem ganzen Deutschen Reiche außer Kraft gesetzt, soweit zu ihren Gunsten nicht Vorbehalte gemacht sind.

In einigen Staaten ist die Aufhebung landesrechtlicher Normen noch besonders ausgesprochen; so in Preußen, wie bereits gesagt, durch das Ausführungsgesetz zum B. G. B. Art. 89 Abs. 1 die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts und in den Gebietsteilen des französischen Rechts die Bestimmungen des code civile.

Der deutsche Richter hat demnach, wenn er totale Lücken auf dem Gebiete der Kollisionsnormen vorfindet, auf die landesgesetzlichen Normen grundsätzlich nicht zurückzugreifen.[1])

Nur wenn ein Fall zur Entscheidung vorliegt, der unter die dem Landesgesetz überlassenen Materien hineinfällt, wird eine Ausnahme gemacht.

Es handelt sich hier vornehmlich um die Bestimmungen der Art. 55—152 E. G.

Verlangt also kein von den Bundesstaaten vor dem Jahre 1900 geschlossener Staatsvertrag Berücksichtigung, so haben die deutschen Gerichte die besonderen landesgesetzlichen Kollisionsnormen anzuwenden, die ausschließlich den Vorbehaltsmaterien angehören.

In einigen Landesteilen wiederum sind auch diese den Vorbehaltsmaterien angehörenden Kollisionsnormen aufgehoben, so in Preußen, soweit sie auf A. L. R. Einleitung §§ 22—45 und auf dem code civile beruhen.

Desgleichen sind sie aufgehoben in Bayern, soweit sie auf dem code civil beruhen, ebenso in Hessen, Birkenfeld, Elsaß-Lothringen und Baden, in welch letzterem durch Art. 2 des A. G. zum B. G. B. die Vorschriften der Art. 7—31 auf das Landesprivatrecht ausgedehnt werden.[2])

---

[1]) Ebenso Habicht, J. P. R. S. 30; Planck, B. G. B. Bd. VI S. 25 Vorb. 5; Niedner, Einführges. Vorb. I, 4 S. 11; Niemeyer, J. P. R., S. 184; Endemann, Lhrb. d. B. G. B. Bd. I § 22 S. 102; Cosack, Lhrb. Bd. I § 12 Nr. 9; Aron, Elsaß-Lothr. Ausführges. Vorb. XIII; Kahn in Iherings Jahrb. XLIII S. 319.

[2]) Habicht, J. P. R., S. 30 und 41.

Es soll nicht unerwähnt bleiben, daß die Landesgesetze auf diesen Vorbehaltsgebieten auf Grund Art. 3 und 218 E. G. jederzeit neue Normen treffen dürfen und auch solche erlassen können, die von Art. 7—31 abweichende Bestimmungen enthalten,[1]) so z. B. daß über die religiöse Erziehung der Kinder statt der Staatsangehörigkeit, wie Art. 19 bestimmt, der Wohnsitz entscheiden soll.

Solche Befugnis haben die Landesgesetze nicht in ihrem Verhältnis zu dem Auslande und den Ausländern, sondern auch gegenüber anderen Bundesstaaten[2]) und deren Angehörigen, soweit nicht die Reichsverfassung und die übrigen Reichsgesetze — außer B. G. B. und E. G. — dem entgegen stehen.

§ 10.

Da nun der Richter die landesrechtlichen Bestimmungen des internationalen Privatrechts grundsätzlich nicht anwenden darf, so fragt es sich nun weiter, woher er die Normen nehmen soll, die ihm das zuständige materielle Recht angeben.

Sein eigenes Recht darf er nicht auf Fälle anwenden, die mit dem Inlande in keiner Beziehung standen.

Freies Ermessen ferner bringt die allzugroße Gefahr der Unsicherheit und Verschiedenheit in der Rechtssprechung mit sich.

Andrerseits darf er aber die Entscheidung auch nicht ablehnen und bekennen, nicht in der Lage zu sein, die Entscheidung zu treffen. — Der Richter *muß* entscheiden.

In diesen Fällen verweist Zitelmann[3]) den Richter auf sein überstaatliches internationales Privatrecht.

Während nach ihm das innerstaatliche positive internationale Privatrecht einheimisches Recht ist, gehören die überstaatlichen Rechtsnormen dem Völkerrecht an. Dem Völkerrecht entnehmen sie ihre Kraft und ihren Inhalt und bilden in ihrer Gesamtheit einen lückenlosen Kodex von Sätzen.

Sache des Richters ist es, diese Rechtssätze in jedem einzelnen Falle von dem Völkerrechte abzuleiten und zu entwickeln.

---

[1]) Habicht, J. P. R. S. 41; Niedner, Einfhrgs. I, 4; Planck, B. G. B. Bd. VI, Vorb. 5; Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht 1902, S. 7; Barazetti, J. P. R. S. 4.

[2]) Habicht, J. P. R. S. 42.

[3]) Zitelmann, J. P. R. Bd. I, S. 25.

Dieses Recht soll dann subsidiar — aushilfsweise — Anwendung finden, ohne Rücksicht darauf, ob es gesetzlich in den einzelnen Staaten anerkannt ist oder nicht.

Die Natur des behaupteten subjektiven Rechts gibt darüber Aufschluß, welche Rechtsordnung zuständig ist.

Es dürfte sich erübrigen, auf diese Ausführungen Zitelmanns hier noch näher einzugehen, da sie, wie bereits[1]) nachgewiesen ist, auf einer nicht genügend gefestigten Grundlage aufgebaut sind.

Denn wenn auch Zitelmann anerkennt, daß das Völkerrecht eigentlich nur die Staaten bindet, und darum meint, annehmen zu dürfen, der Richter werde, soweit der Herrschaftsbereich vom Staate nicht abgesteckt ist, auch nur völkerrechtsmäßig[2]) verfahren, d. h. ganz entsprechend der allgemeinen völkerrechtlichen Herrschaftsbegrenzung und nicht völkerrechtswidrig, so ist damit nur eine Schwäche seines Systems wenigstens einigermaßen gehoben.

Als besondere Schwäche bleibt immer, daß das Völkerrecht, so wie es jetzt besteht, keine genügende Gewähr dafür bietet, daß sich aus ihm ein ganzes System von Rechtssätzen ableiten läßt.[3])

Wenn sich auch einige wenige Sätze, wie sie bereits S. 119 angeführt sind, aus dem Völkerrecht ergeben, so ist damit ein vollständiger Ausbau des internationalen Privatrechts auf völkerrechtlicher Grundlage noch nicht gerechtfertigt.

§ 11.

Muß man also auf diese Aushülfe wenigstens zum Teil verzichten, so ist zu prüfen, ob gewisse allgemeine Grundzüge des internationalen Privatrechts aushelfen können.

Für das Zurückgreifen auf allgemeine Grundsätze des internationalen Privatrechts sprechen mancherlei Gründe:

1. Dem menschlichen Geist ist ein Hang eigen, eine Gleichheit in allen Dingen herbeizuführen, d. h. solche Einrichtungen zu beseitigen und zu verdrängen, die dem einen Vorteil gewähren, den andern aber benachteiligen.

   Dieser Zug nach Gleichheit zeigt sich in der Geschichte der Nationen: Man rüttelt an althergebrachten Vorzügen,

---

[1]) S. 42 ff. dieser Abhandlung.

[2]) Zitelmann, J. P. R. S. 75.

[3]) Planck, B. G. B. Bd. VI, S. 25; Kahn in Iherings Jahrb. XL S. 46.

die z. B. mit der Geburt verknüpft sind, und nimmt sie allmählich hinweg, bis nichts mehr übrig bleibt.

Der Hang nach Gleichheit lebt auch auf dem Gebiete des Rechtslebens, wo überall die modernen Gesetzgebungen bestrebt sind, die verschiedenen Partikulargesetze zu beseitigen und eine Einheit des materiellen Rechts in einem großen Machtgebiete einzuführen. Unsere neue Reichsgesetzgebung gibt hiervon einen genügenden Beweis.

2. Auf keinem Rechtsgebiete, kann man wohl sagen, macht sich jedoch eine Verschiedenheit in den Rechtsordnungen der Staaten so unangenehm bemerkbar, wie auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts.

Mag z. B. auf dem Gebiete des Privatrechts die größte Verschiedenheit in den verschiedenen Partikulargesetzen herrschen, dem Inländer, der mit dem Auslande in keine Beziehung tritt, erwächst darum kein Nachteil.

Auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts ist bei Verschiedenheit der Normen mehrerer in Betracht kommender Staaten ein Konflikt fast unvermeidlich:

Der Staat A erklärt auf Grund seines Staatsangehörigkeitsprinzipes den Staat B für zuständig. Der Staat B, der das Domizilprinzip hat, hält den Staat C. für zuständig.

Verschiedenheit der Normen führt bald zur Verschiedenheit der materiellen Gesetze und damit oft zu einer abweichenden Bestimmung und damit schließlich zu einer Bevorzugung oder zu einer Benachteiligung der einen oder der anderen Partei.

Ein solcher Zustand widerspricht dem Wesen der Gerechtigkeit, die als obersten Grundsatz das suum cuique tribuendi aufgestellt hat, widerspricht dem Geiste und der Absicht aller Rechtsordnungen der Kulturstaaten, die eine bevorzugende oder benachteiligende Rechtsprechung über die mit ihnen in Beziehung tretenden Ausländer unmöglich beabsichtigt haben. Sie würden nur damit den internationalen Verkehr erheblich beschränken und schließlich selbst den Schaden tragen.

Wo nun der Richter eine Norm in der eigenen Rechtsordnung vorfindet, ist er an sie gebunden.

Wo er aber eine bestimmte Norm nicht hat, die ihn bindet, wird er darum gut tun, nach solchen Grundsätzen zu verfahren, die mit den Rechtsordnungen aller Kulturstaaten in Einklang stehen, d. h. gewisse allgemeine Grundsätze des internationalen

Privatrechts, wie sie bereits S. 119 wiedergegeben sind, anwenden.

Das ist also keine in der Luft schwebende unbegründete Behauptung, sondern ein Satz, der dem menschlichen Hange nach Gleichheit, dem Geiste der Rechtsordnungen und den Bedürfnissen des modernen Verkehrs hervorgegangen ist, und man kann wohl sagen, bereits völkerrechtlich anerkannt ist.[1])

Es fragt sich nun weiter. Welchen Inhalt haben die subsidiär zur Anwendung kommenden Sätze des internationalen Privatrechts?

Die überaus herrschende Ansicht geht dahin, daß zunächst die Ergebnisse von Wissenschaft und Praxis[2]) zu Grunde zu legen sind.

Wissenschaft und Praxis sind ja ohnehin für den Ausbau des bestehenden Rechts von erheblicher Bedeutung.

Wo aber der Gesetzgeber bei der Regelung eines Rechtsgebietes, aus welchem Grunde es auch immer sei, klaffende Lücken gelassen hat, obwohl er sich dessen wohl bewußt war, daß den Gerichten die Entscheidung nicht erspart bleibt, da ist Wissenschaft und Praxis vor eine doppelt hohe Aufgabe gestellt und ihre Ergebnisse um so mehr zu beachten.

Nun soll nicht verschwiegen werden, einmal daß Wissenschaft und Praxis sehr oft zu verschiedenen Ergebnissen gelangen, und dann, daß es überaus zweifelhaft ist, ob die auf diesem Wege gefundenen Sätze überhaupt Rechtssätze sind.

Was den ersten Punkt anlangt, so kann man wohl sagen, daß die Wissenschaft im Tenor des Grundgedankens im wesentlichen übereinstimmt, mag seine Formulierung im einzelnen Falle auch recht verschieden lauten.

Eine erschöpfende Darstellung darüber zu geben, inwieweit die verschiedenen Ansichten in der Formulierung des Grundgedankens übereinstimmen und wieweit sie von einander abweichen, dürfte zu weit führen.

Nur einige Beispiele seien hier angeführt.

---

[1]) Planck, B. G. B. Bd. VI, S. 25 f.

[2]) Planck, B. G. B. Bd. VI, S. 25; Niemeyer, J. P. R. S. 52; Habicht, J. P. R. S. 36; Niedner, Einfhrges. S. 18; Gierke, Deutsch. Privat. Bd. I, S. 189; Crome, Lhrb. Bd. I S. 130; Barazetti in Böhms Zeitschr. Bd. VIII S. 132; Enneccerus, Lhrb. S. 176 f.

Savigny, dessen Lehre, was den allgemeinen Grundgedanken anlangt, in unserer Literatur die zweifellos herrschende geworden ist und auch im Auslande viele Anhänger und Beachtung gefunden hat, läßt das Recht des Ortes entscheiden, in dem das Rechtsverhältnis „seinen Sitz hat."

Inwieweit das Bild von dem Sitz des Rechtsverhältnisses ein unklarer Begriff, oft unzutreffend, vieldeutig und irreführend[1]) ist, mag hier dahin gestellt bleiben. In der Lehre steckt ein gesunder Kern, auf der die Wissenschaft weiterbaut.

Gierke[2]) formuliert den Grundgedanken schon bestimmter: Im Zweifel ist das Recht des Gebietes anzuwenden, in dem der Schwerpunkt der räumlichen Beziehungen des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses fällt.

Nach Cosack[3]) ist im Zweifel das Recht des Staates anzuwenden, „welcher das größte öffentliche Interesse hat, jene Frage nach eigenem Ermessen zu beantworten."

Diese Fassung ist jedoch sehr unbestimmt; ein öffentliches Interesse wird oft überhaupt nicht vorhanden sein.

Wenn nach Niemeyer[4]) der Richter nach seinem Ermessen das Recht anwenden darf, das ihm gemäß dem Wesen und der Aufgabe der Rechtspflege im Sinne friedlicher und gemeinsamer Kulturarbeit der verschiedenen staatlichen Verbände vernünftig erscheint, so weicht er in seinem Tenor erheblich von den bisherigen Beispielen ab. Seine Ansicht läßt sich nicht halten, weil die Meinungen gerade darüber, was im einzelnen Falle vernünftig ist, sehr verschieden sind.

Im Gegensatz hierzu hat Enneccerus[5]) die Lehre Savigny's in bestimmter und treffender Weise dahin ausgebaut: „Soweit erkennbare besondere Kollisionsnormen nicht existieren, ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden, dessen persönliche oder gebietliche Herrschaft die Rechtsfrage am stärksten berührt."

Es entscheidet hiernach entweder das Personalstatut oder das Gebietsstatut je nach der Wirkung.

[1]) v. Bar, Lhrb. des J. P. R. S. 16; Dernburg, Pand. Bd. I § 45.
[2]) Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. I S. 217.
[3]) Cosack, Lhrb, des Bürgl. Rechts, Teil I S. 117.
[4]) Niemeyer, J. P. R. Bd. I S. 166.
[5]) Enneccerus, Lhrb. S. 181.

Wenn ein und dasselbe Rechtsverhältnis in seinen Phasen verschiedene Wirkungen äußert, so entscheiden verschiedene Gesetze, je nach der Wirkung.

Ebenso wie die Wissenschaft gibt auch die Praxis den allgemeinen Grundgedanken des internationalen Privatrechts, abgesehen von einigen Abweichungen, im wesentlichen einen übereinstimmenden Inhalt.

Das läßt sich jedoch hier nicht beweisen.

Denn die Sätze der Praxis sind naturgemäß viel häufiger und nicht so allgemein gefaßt, wie die der Wissenschaft.

Das läßt sich höchstens glaubhaft machen durch den Hinweis darauf, daß im geordneten Rechtsleben die Praxis und die Wissenschaft Hand in Hand gehen, sich gegenseitig unterstützen, fördern und ausbauen.

Was den zweiten Punkt anlangt, so ist wohl zuzugeben, daß sich aus Wissenschaft und Praxis nicht ohne weiteres Rechtssätze herleiten lassen. „Wissenschaft und Praxis ist niemals Rechtsquelle."[1]) Auch wo sie schöpferisch verfährt, bleibt sie bloße Rechtsanwendung.

Das gilt für die Wissenschaft hier ebenso auch auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts.

Die Praxis, glaube ich, macht hier eine gewisse Ausnahme.

Denn wo der Gesetzgeber bei der Regelung eines Rechtsgebietes, aus welchem Grunde es auch immer sei, klaffende Lücken gelassen hat, obwohl er sich bewußt war, daß den Gerichten die Entscheidung nicht erspart bleibt, so sehe ich darin sachlich eine Art Delegation der Gesetzgebung an die Gerichte.

In Art. 1 Abs. 2 des neuen Schweizerischen Civilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907[2]) ist dies deutlich zum Ausdruck gebracht mit den Worten: „Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Den Gerichten wird somit aufgegeben, die Grundsätze zu suchen, welche der Gerechtigkeit und den oben hervorgehobenen Rücksichten am meisten entsprechen, und in Ermangelung wirklicher Rechtssätze nach ihnen zu urteilen.[3])

---

[1]) Gierke, Deutsch. Priv. Bd. I S. 181.

[2]) In Kraft am 1. Januar 1912.

[3]) Planck, B. G. B. Bd. VI S. 25.

Daß heißt jedoch nicht, daß einer solchen Entscheidung des Richters sofort Gesetzeskraft innewohnt. Dies ist hier ebensowenig der Fall, wie bei einer Entscheidung auf lückenlosem Gebiet.

Unsere Gerichte werden sich jedoch bei ihrer Entscheidung naturgemäß an die Rechtsquellen halten, welche bisher in Deutschland allgemeine Anerkennung und praktische Betätigung gefunden haben.

Wenn auch die landesgesetzlichen Normen des internationalen Privatrechts durch Art. 55 E. G. außer Kraft gesetzt sind, so sind sie doch damit nicht aus der Welt geschafft.

Frühere Gedankenarbeit ist zweifellos zu verwerten, und keinem Richter kann es untersagt werden, sich durch Gründe einer früheren Entscheidung überzeugen zu lassen.[1]) „Immanente Wahrheiten werden durch kein Gesetzbuch aufgehoben."[2])

Wo Rechtsfragen wiederkehren, welche anerkanntermaßen bereits befriedigende Lösung gefunden haben, kann und soll die Praxis sich auf die Arbeit der Vergangenheit stützen. Nur dadurch kann die gewünschte Rechtseinheit auch da, wo Lücken im Gesetz sind, herbeigeführt werden.

So heißt es auch wieder in Art. 1 des Schweizerischen Civilgesetzbuchs, wo der Richter angewiesen wird, in Ermangelung einer bestehenden Gesetzesbestimmung den anzuwendenden Rechtssatz selbständig aufzustellen, im Abs. 3: „Er folgt dabei — nämlich beim Aufsuchen des Rechtssatzes — bewährter Lehre und Überlieferung."

So kann es kommen, daß sich einige erprobte Sätze der Praxis durch fortwährende Übung in Verbindung mit der Überzeugung ihrer inneren Richtigkeit sich zu Gewohnheitsrechtsätzen entwickeln.

Inwieweit diese Entwickelung sich bisher bereits vollendet hat, läßt sich heut nicht sagen, würde auch zu weit führen. „Der Schritt von der bloßen Übung bis zur Gewohnheit wird von dem, der ihn tut, meist nicht bemerkt."[3])

Einen weiteren Faktor wird die vergleichende Rechtswissenschaft ergeben. Diese muß sich beziehen:

1. auf die in den verschiedenen Staaten bestehende Norm,
2. sowie auch auf die verschiedenen materiellen Sätze.

---

[1]) Gierke, Deutsch. Priv.

[2]) Niemeyer, J. P. R. S. 52.

[3]) Niemeyer, J. P. R. S. 53.

Die Notwendigkeit einer sich auf die verschiedenen Normen beziehenden Rechtsvergleichung ergibt sich aus folgenden Gründen:

Rechtsvergleichung ist für jedes Rechtsgebiet nutzbringend, es sei, welches es sei. Ein Gesetzgeber, der es unternehmen wollte, aus seinem eigenen Kopfe heraus eine Materie zu regeln, läuft Gefahr, Momente zu übersehen, auf die es ankommt.

Durch Vergleichung mit Sätzen anderer fremder Rechte erschließen sich ihm naturgemäß neue Gesichtspunkte, und sein Gesichtskreis wird ein viel weiterer.

Denn einmal pflegen die verschiedenen Völker denselben Gegenstand entsprechend ihrem Naturell verschieden aufzufassen, verschieden zu beleuchten und sich so gegenseitig zu ergänzen und zu fördern.[1])

Dann aber wird auch, je größer die Zahl der befähigten Köpfe ist, die sich an dem Ausbau einer Materie meistern, der Rechtsstoff viel gründlicher und allseitiger durchgebildet sein.

So ist es eine bekannte Tatsache, daß ein Recht mit einem ausgedehnten Herrschaftsgebiet weit vollendeter wird als ein kleines Partikularrecht.

Abgesehen von diesen Gründen, die für jede Art Rechtsvergleichung zutreffen, ist eine Betrachtung der verschiedenen Normen um so notwendiger, wenn man bedenkt, daß es sich im internationalen Privatrecht um eine Materie handelt, welche der internationale Verkehr erzeugt hat, und daß die Normen in erster Linie den Zweck haben, ein internationeles Bedürfnis zu befriedigen. Dieses Bedürfnis geht dahin, daß ein Rechtsverhältnis im Falle der Kollision mehrerer Gesetze dieselbe Beurteilung erfährt, ohne Unterschied, ob das Urteil in diesem oder jenem Staate gesprochen wird.

Ergibt sich schon aus diesen praktischen Gründen die Notwendigkeit einer Rechtsvergleichung, so ergibt sie sich weiter durch einen Hinweis auf die Geschichte der Rechtswissenschaft des internationalen Privatrechts.

Nie und nirgends ist eine Kollisionsnorm durch „generatio aequivoca“ entstanden. Eine Rechtsvergleichung hat vielmehr überall stattgefunden. Mag sie oberflächlich, mag sie sehr lükkenhaft gewesen sein; aber bestanden hat sie.[2])

[1]) Kahn in Böhms Zeitschr. Bd. X S. 100.

[2]) Kahn in Iherings Jahrb. XL S. 74.

Allgemeine Grundsätze des internationalen Privatrechts ergeben sich auch aus einer Vergleichung des materiellen Rechts.

Ich schließe mich in dieser Hinsicht den Beweisführungen von Kahn[1]) an.

Sie sind kaum umstritten; von Bar selbst nennt sie „durchaus treffend" und „möchte sie Wort für Wort" unterschreiben."[2])

Sie sollen darum nur in Kürze wiedergegeben werden.

Wenn man noch vor mehr als 30 Jahren geglaubt hat, daß „die abstrakte Kenntnis" des internationalen Privatrechts unabhängig sei von irgend welcher Kenntnis des materiellen Rechts und „daß man ein vollendeter Meister des internationalen Privatrechts sein könne, ohne von dem Inhalt einer fremden Rechtsnorm auch nur eine Ahnung zu haben", so ist man doch jetzt anderer Ansicht geworden.

Man hat erkannt, daß das materielle Recht mit seinen Tendenzen und Absichten dem internationalen Privatrecht in gewisser Weise Form und Inhalt gibt. „Es ist der Stoff, aus welchem sich jenes bildet, das Fundament, auf dem es sich aufbaut."

Nun ist es allerdings nicht möglich, aus den materiellen Sätzen eines positiven Rechts das ganze internationale Privatrecht abzuleiten.

Nur einige wenige Sätze eines bestimmten Rechts haben eine genau beschränkte örtliche Grenze; vgl. z. B. §§ 193, 244, 795, 1936 B. G. B.

Die weitaus größte Mehrzahl der Sätze gilt ganz allgemein, d. h. ohne eine örtlich beschränkte oder bestimmte Tendenz, wie sie für derartige Tatbestände recht und billig erscheinen.

Wenn es aber der Gesetzgeber trotzdem nicht für angebracht hält, von ihrer allgemeinen Geltung uneingeschränkt Gebrauch zu machen, so liegt darin nicht eine Beschränkung seines Herrschaftswillens, sondern es geschieht in Rücksicht auf die internationale Rechtssicherheit; er schränkt seine natürliche Freiheit zum Handeln soweit ein, daß die gleiche Freiheit anderer Gesetzgeber daneben bestehen kann, und bezweckt durch solches Verhalten die ersehnte internationale Gesetzesharmonie — das Ideal des internationalen Privatrechts — herbeizuführen.

[1]) Kahn, Bedeutung der Rechtsvergleichung . . . in Böhms Zeitschr., Bd. X S. 99.

[2]) v. Bar, Arch. für öffentl. Recht, Bd. XV S. 45.

Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen ist nach Kahn jede Kollisionsnorm „die Resultante aus zwei Kräften: einerseits Sinn und Tendenz der materiellen Rechtsordnung, andrerseits das Streben nach idealer Gesetzesharmonie."

Wenn also der nationale Gesetzgeber eine Kollisionsnorm anerkennt, so gibt er im Interesse der internationalen Gesetzesharmonie zu Gunsten des fremden Gesetzgebers von seiner Herrschaft ein Stück auf.

Was er aufgeben, was er nicht aufgeben kann, was er von dem fremden Gesetzgeber fordern und ihm wiederum überlassen muß, das ergibt sich aus einer Betrachtung der einzelnen materiellen Rechtsordnungen.

Nur wer die Zwecke und Tendenzen nicht nur der eigenen, sondern auch der fremden Rechtsordnungen kennt, kann darüber urteilen, welche materiellen Rechtszwecke zu Gunsten der internationalen Rechtssicherheit aufgegeben werden müssen.

Der Inhalt gewisser allgemeiner Sätze des internationalen Privatrechts ergibt sich schließlich auch aus der Natur der Sache,[1]) aus den Bedürfnissen des Verkehrs oder mit anderen Worten, aus dem Geiste des Gesetzes.

Inwieweit man die aus der Natur der Sache abgeleiteten Sätze für Rechtssätze anzusehen hat, hängt damit zusammen, ob man mehr der nationalistischen oder der internationalistischen Richtung zuneigen will.

Die Natur der Sache wird von den Internationalisten als oberster Grundsatz des internationalen Privatrechts hingestellt, aus dem sich sämtliche Normen herleiten lassen.

Zitelmann leitet aus der Natur der Sache ein ganzes System von lückenlosen Sätzen her; denn sein überstaatliches internationales Privatrecht, das überall subsidiär als Gesetz zur Anwendung kommen soll, ist, wie er selbst zugibt, nichts anderes als das Recht, das man sonst aus der Natur der Sache heraus zu finden versucht hat.

Eine überaus hohe Bedeutung legt z. B. auch von Bar der Natur der Sache bei, wenn er sie als Grundlage des ganzen inter-

---

[1]) Neumann, J. P. R. S. 36, Handausgabe des B. G. B. S. 22 Bd. III; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. I S. 182; Dernburg, Pandekt. Bd. I § 38 S. 87; Bar, Lhrb. S. 19, Holtzd.-Kohl. Encyklopd. S. 10; Zitelmann, J. P. R. S. 76; Planck, B. G. B. S. 25; Enneccerus, Lhrb. S. 179; Crome, System des Deutsch. Bürg. Rechts Bd. I S. 131.

nationalen Privatrechts hinstellt, aus der sich die Sätze als unmittelbar geltendes Recht ergeben, ohne einer besonderen Sanktion durch Gesetz zu bedürfen.

Die Nationalisten bestreiten entschieden, daß sich aus der Natur der Sache überhaupt Rechtssätze herleiten lassen.

Die Natur der Sache darf nicht zur Rechtsquelle gestempelt werden. Denn wie vorsichtig auch der Begriff gefaßt sein mag, so hält doch unter der Flagge der Natur der Sache ein Stück Vernunftsrecht seinen Einzug.[1])

Doch ist bereits dargetan, daß es sich mit einem exklusiven Standpunkt in dieser Beziehung nicht auskommen läßt und daß es neben der überwiegenden Zahl von positiven Normen ausnahmsweise einige wenige gibt, die auf völkerrechtlicher Grundlage beruhen, d. h. die sich aus der Natur der Sache ergeben.

Aus diesen werden sich, wie bereits erwähnt, noch andere finden lassen, die somit auch auf der Natur der Sache beruhen.

Was sich im einzelnen Falle aus der Natur der Sache folgern läßt, wird verschieden ausfallen. Denn das läßt sich nicht leugnen, daß die Natur der Sache ein sehr unbestimmter und weiter Begriff ist, welcher auch durch die Erläuterung von Bars[2]) nicht sonderlich bestimmt umgrenzt wird.

Die Natur der Sache bedeutet hier: Aufsuchen des immanenten Zweckes der einzelnen Rechtsnormen und Beantwortung der Frage, ob dieser Zweck die Anwendung des inländischen oder etwa eines bestimmten ausländischen Rechts verlangt.

Dabei ist zu berücksichtigen die allgemeine Rechtssicherheit, die Möglichkeit eines geordneten Verkehrs mit dem Auslande, die im internationalen Verkehr wichtige Reciprozität.

Wegen der Unbestimmtheit und Verschiedenheit dessen, was man im einzelnen Falle aus der Natur der Sache folgern kann, ist sie von dem Richter erst in letzter Linie als Richtschnur für seine Entscheidung zu benutzen, d. h. erst dann, wenn die sämtlichen früheren Wege, z. B. Ergebnisse von Wissenschaft und Praxis, die Rechtsvergleichung nicht zum Ziele führen.

Daß trotzdem immer noch eine große Unsicherheit in den Entscheidungen bestehen wird, läßt sich nicht leugnen, aber die Rechtsvergleichung hat, indem sie die von den Entwürfen vor-

---

[1]) Gierke, Deutsch. Privatr. S. 182.

[2]) von Bar in Holtzd.-Kohl. Encykl. S. 7.

geschlagene vollständige Kodifikation des internationalen Privatrechts ablehnte und sich auf die mangelhaften Bestimmungen des Einführungsgesetzes beschränkte, angenommen, daß die Unsicherheit ein geringeres Übel sei, als die sich aus einer vollständigen Regelung ergebenden Mißstände.[1])

§ 12.

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß der deutsche Richter in allen Fällen, wo er ausländisches Recht seiner Entscheidung zu Grunde legen will, den Art. 30 E. G. anzuwenden und zu prüfen hat, ob etwa die Anwendung des fremden Rechts gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.

Diese Prüfung hat der Richter vorzunehmen, ohne daß es einer Berufung der Parteien darauf bedarf.[2])

In vielen Fällen wird es nicht in die Erscheinung treten, daß der Richter auch wirklich den Art. 30 berücksichtigt hat.

Das ist insbesondere der Fall, wenn das fremde Recht unseren Anschauungen entspricht.

Wo aber bei Anwendung des fremden Rechts ein Verstoß gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes vorliegen würde, ist das fremde Recht nicht anzuwenden.

Was positiv geschehen soll, spricht das Gesetz nicht aus.

Wenn jedoch Art. 30 vorschreibt, daß der Zweck eines deutschen Gesetzes zu berücksichtigen ist, so kann dieser Zweck nur darauf gerichtet sein, daß das deutsche Recht selbst angewandt sein will.[3])

„Beschränkt sich aber der Verstoß gegen die guten Sitten oder den Zweck des deutschen Rechts auf einzelne Beziehungen, so wird mit den sich hieraus ergebenden Modifikationen das fremde Recht anwendbar bleiben.“[4])

---

[1]) Planck, B. G. B. Bd. VI S. 25.

[2]) Habicht, J. P. R. S. 240.

[3]) Habicht, J. P. R. S. 239; Planck, B. G. B. S. 118; Enneccerus, Lhrb Bd. I S. 185.

[4]) Enneccerus, Lhrb. Bd. I S. 185 Nr. 4.